REVUE AFRICAINE DE DROIT DES AFFAIRES ET ECONOMIQUE

Numéro spécial
Décembre 2025

Directeurs scientifiques : Philippe Delebecque - Koffi Mawunyo Agbénoto - Souleymane Toé & Jean-Denis Pellier

Equipe de la RADAE

Directeur de publication : Mon-espoir Mfini (France) - **Rédacteur en chef :** Salifou Mouhouain (Cameroun) - **Responsable de projet :** Laure Toé Adouabou (France)

***

Comité scientifique de la RADAE

Philippe Delebecque (France) - Denis Voinot (France) - André Akam Akam (Cameroun) - Mbissane Ngom (Sénégal) - Sandrine Tisseyre (France) - Didier Cholet (France) - Joseph Djogbénou (Bénin) - Charles-Edouard Bucher (France) - Koffi Mawunyo Agbénoto (Togo) - Jean-Denis Pellier (France) - Souleymane Toé (Burkina-Faso) - Anaclet Nzohabonayo (Burundi) - Boubou Keita (Mali) - Eric-Dibas Franck (République du Congo)

***

Soumission d'article

radae75.revue@gmail.com

SOMMAIRE

➲ FLASH INFO

- 22ème concours d'agrégation en sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion
  Mon-espoir MFINI - Directeur de publication de la RADAE

➲ NUMÉRO SPÉCIAL - LES GRANDES NOTIONS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

- Edito. Quel droit des sociétés aujourd'hui ?
  Sandrine TISSEYRE - Professeure agrégée à l'Université Toulouse Capitole

- La systématisation des grandes notions du droit des sociétés OHADA : la part de la CCJA
  Koffi AGBENOTO - Professeur titulaire à l'Université de Lomé

- La petite entreprise dans l'espace OHADA
  Christiane Nicole BÉKADA ÉBENÉ - Maître de conférences agrégée à l'Université de Douala

- Les paradoxes de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés
  Konan Saint Serge Innocent KOUAMÉ - Enseignant-chercheur à l'Université Félix Houphouët-Boigny

- La variabilité du capital social en droit OHADA
  Steve Fabrice EFFEMBA ÉBALE - Enseignant-chercheur à l'Université de Yaoundé 2

- Une revisitation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés commerciales de l'OHADA
  Simon De Gaulle NJONGA MOUKALA - Chargé de cours à l'Université de Douala

- L'extension du droit d'alerte aux salariés en droit OHADA
  Simon MANONG SONGMOS - Docteur en droit privé de l'Université de Yaoundé 2

- La notion d'*affectio societatis* en droit OHADA des sociétés
  Wagui SOUMBOUNOU - Docteur en droit privé de l'Université Paris Nanterre

➲ VARIA

- Le contentieux des baux à usage professionnel en droit OHADA
  Nibéhen Isidore SOMDA - Assistant à l'Université Thomas Sankara

- L'influence du droit français sur le droit sénégalais de la responsabilité civile du fait des choses
  Djiby LY - Docteur en droit privé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
  Philippe DELEBECQUE - Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

- L'arbitre, le juge privé
  Kora SENE - Enseignant-chercheur à l'Université numérique Cheikh Hamidou Kane

- La liberté d'installation des entreprenants commerçants : appui non financier de dynamisation de l'économie africaine ?
  Toh Jean-Claude OUATTARA - Auxiliaire d'enseignement de 3ème cycle/Université Laval

- Réflexion sur la procédure de médiation de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à la médiation
  Akrawati Shamsidine ADJITA - Maître de conférences à l'Université de Lomé

➲ JURISPRUDENCE

- Le sort d'une action en contestation de saisie-vente face à l'autorité de la chose jugée d'une ordonnance rendue par une juridiction présidentielle
  Florent N'dah N'DRI - Elève magistrat à l'institut national de formation judiciaire de Yamoussoukro

FLASH INFO

22ème CONCOURS D'AGRÉGATION EN SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES, ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

Mon-espoir MFINI
Directeur de publication de la RADAE
Membre du laboratoire de droit Thémis-UM
Université du Mans - Faculté de droit, éco et gestion

Le 21 novembre 2025, le Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur (CAMES) a reçu de nouveaux agrégés, suite au 22ème concours d'agrégation en sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion. Les épreuves en présentiel de la 22ème session de ce concours d'agrégation se sont déroulées du 10 au 21 novembre 2025 à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, au Sénégal. C'est au total 113 candidats, répartis en six sections, issus du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la République du Congo, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée, du Mali, du Niger, du Sénégal, du Tchad et du Togo, qui ont été évalués par 37 membres de jury, tous venus de plusieurs pays d'Afrique et de France. Il faut rappeler que le concours d'agrégation dans ces domaines se tient tous les ans impairs, dans des pays différents, tous membres du Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur. C'est ainsi que le Cameroun a reçu en 2023 la 21ème session de ce concours.

Pour la section droit privé, douze lauréats portent désormais le titre de Maître de Conférences Agrégé du CAMES. Il s'agit de Marie Duvale KODJO GNINTEDEM (Université de Yaoundé 2 - Cameroun - Major), Aïssata DABO (Université Thomas Sankara - Burkina Faso - Vice-major), Rodrigue OBA'A AKONO (Université de Ngaoundéré - Cameroun), Kougnontèma AWOKI (Université de Kara - Togo), Koffi Edem AVEGNON (Université de Lomé - Togo), Messan Agbo FOLLY (Université de Lomé - Togo), Herline Idele SILIENOU (Université de Dschang - Cameroun), Bi Manh YOLI (Université Alassane Ouattara - Côte d'Ivoire), Codjo Bienvenu LASSEHIN (Université de Calavi - Bénin), Marcel Urbain NGAH NOAH (Université de Douala - Cameroun), Almoustapha Ibrahim MAIGA (Université de Kurukanfuga - Mali) et Biro Lô NIANG (Université Cheikh Anta Diop - Sénégal).

Les candidats de la section droit privé ont été évalués par un jury présidé par Mbissane NGOM, agrégé de droit privé, Professeur titulaire à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis au Sénégal et composé des Professeurs André AKAM AKAM de l'Université de Douala, Audrey DARSONVILLE de l'Université Paris 10 Nanterre, Aboudramane OUTTARA de l'Université Cocody-Abidjan, Soraya AMRANI-MEKKI de Sciences po Paris, Roch David GNAHOUI de l'Université de Calavi et Koffi Mawunyo AGBENOTO de l'Université de Lomé.

La Revue africaine de droit des affaires et économique félicite les nouveaux agrégés, particulièrement ceux de droit privé, et leur souhaite bon vent pour la suite de leurs carrières universitaires.

EDITORIAL

QUEL DROIT DES SOCIÉTÉS AUJOURD'HUI ?

Sandrine TISSEYRE
Professeure agrégée à l'Université Toulouse Capitole

Éditorial : Un vent de réforme et de modernisation souffle sur le droit des sociétés, en France et en Europe. Les exemples sont légion. L'année 2025 a été marquée par une réforme importante en matière de nullité de droit des sociétés (Ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés), laquelle est entrée en vigueur au 1er octobre dernier. Tant les causes de nullité que celles de la structure et des délibérations s'en trouvent modifiées. Le régime de la nullité connaît également des aménagements, à l'instar de la durée de la prescription. Plus largement, les dernières années ont été marquées par des évolutions qui témoignent de nouvelles précautions auxquelles le droit des sociétés est soumis. À cet égard, le devoir de vigilance ou plus généralement l'obligation de compliance peuvent être cités. Une directive européenne du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance, longuement discutée, vise à renforcer les obligations des entreprises concernant l'impact de leurs activités sur l'environnement et les droits de l'homme (Directive (UE) 2024/1760 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859). Plus récemment, dans le prolongement d'une directive européenne, un décret favorisant un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes au sein du conseil d'administration et du conseil de surveillance de certaines sociétés commerciales a été adopté (Décret n° 2025-744 du 30 juillet 2025).

Si importantes soient-elles, ces modifications ne sont pas les seules à retenir l'attention. Au cours des derniers mois, la Cour de cassation a modernisé sa jurisprudence, procédant à des revirements ou des innovations. Ainsi, le formalisme de la mention contenue au sein des actes conclus pour une société en formation, dont la reprise est envisagée une fois l'immatriculation réalisée, a été écarté, au motif que les textes légaux ne le commandaient pas et que l'orientation initialement choisie produisait un effet négatif (Cass. com., 29 novembre 2023, n° 22-12.865, n° 22-21.623 et n° 22-18.295 PB). La renonciation tacite à revendiquer la qualité d'associé dans les sociétés de parts a été admise (Cass. Com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203 PB). L'action ut singuli ne serait plus subsidiaire, les associés disposant d'un droit propre à agir (Cass. com., 7 mai 2025, n° 23-15.931 PB). En matière de cession de titres sociaux, l'obligation précontractuelle d'information a été cantonnée dans son périmètre (Cass. com., 14 mai 2025, n° 23-17.948, n° 23-18.029 et n° 23-18082 PB). Plus encore, des projets émergent, comme le projet « REPONDS » (Réforme Pour un Nouveau Droit des Sociétés, 2023-2026) qui propose de moderniser et refonder le droit des sociétés dans une dynamique de simplification. Ces quelques exemples ne prétendent pas à l'exhaustivité, mais laissent entrevoir des changements à intervenir à court terme ou à moyen terme en droit des sociétés. Dans un monde de plus en plus tourné vers les échanges commerciaux, transfrontaliers, dans lequel la liberté du commerce ne doit plus sacrifier certaines préoccupations fondamentales, qu'elles concernent les droits de l'homme ou l'environnement, quel sera le nouveau visage du droit des sociétés ? Quelles mutations portent ces changements tant pour le droit français que pour les droits des pays d'Afrique ?

La systématisation des grandes notions du droit OHADA des sociétés va-t-elle de soi (V. dans ce numéro Koffi AGBENOTO, « La systématisation des grandes notions du

droit OHADA des sociétés OHADA : la part de la CCJA ») ? L'appréhension de l'intérêt social s'en trouve-t-elle modifiée (V. dans ce numéro Simon De Gaulle NJONGA MOUKALA, « Une revisitation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés commerciales de l'OHADA ») ? La notion d'affectio societatis ne doit-elle pas être revisitée (V. dans ce numéro Wagui SOUMBOUNOU, « La notion d'affectio societatis en droit OHADA des sociétés ») ? Des notions, dont les contours restent encore incertains, telle celle de groupe, en sortiront-elles précisées (V. dans ce numéro Konan Saint Serge Innocent KOUAME, « Les paradoxes de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés ») ? Les sociétés de petite taille continueront-elles à bénéficier d'un statut adapté, lequel appellerait des perfectionnements (V. dans ce numéro Christiane Nicole BEKADA EBENE, « La petite entreprise dans l'espace OHADA ») ? Le capital social répond-il toujours à ses fonctions, la variabilité de celui-ci ouvre-t-elle des perspectives (V. dans ce numéro Steve Fabrice EFFEMBA EBALE, « La variabilité du capital social en droit OHADA ») ? L'extension du droit d'alerte aux salariés est-elle justifiée ? (V. dans ce numéro Simon MANONG SONGMOS « L'extension du droit d'alerte aux salariés en droit OHADA. » Ces réflexions sensibilisent aux enjeux du droit des sociétés et contribuent à construire le droit de demain.

DOSSIER SPÉCIAL

LES GRANDES NOTIONS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

LA SYSTÉMATISATION DES GRANDES NOTIONS DU DROIT DES SOCIÉTÉS OHADA : LA PART DE LA CCJA

Koffi M. AGBENOTO
Professeur titulaire à l'Université de Lomé

Le droit des sociétés, dans son cycle évolutif, présente les caractéristiques d'un droit par moments bousculé, par endroits contractualisé, parfois éclaté et de plus en plus financiarisé. Dans un tel contexte de reconfiguration existentielle, les notions fondamentales de la matière n'échappent pas aux métamorphoses du droit commercial, à l'effervescence du droit des activités économiques et au bouleversement des acquis. Les mutations juridiques observées dans le système de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) se révèlent désormais, à la fois, normatives et jurisprudentielles en droit des sociétés. Les activités normatives ont d'abord tenté d'apporter des réponses au besoin de renouvellement des concepts et notions dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) originel du 17 avril 1997 et dans celui modifié le 30 janvier 2014. Il en va également ainsi de l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives du 15 décembre 2010. L'espérance semble ensuite être placée dans la jurisprudence, afin d'assurer le service après-vente. Conformément à l'article 14 du Traité modifié[1], les activités juridictionnelles de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), équivalentes dans une large mesure à celles d'une cour suprême ou de cassation, contribuent naturellement à créer du droit substantiel et un véritable espace judiciaire OHADA. La participation du juge de la CCJA à la systématisation des grandes notions du droit des sociétés commerciales est, à cet égard, réelle et documentée[2]. La CCJA rappelle, elle-même, dans un arrêt du 16 juillet 2020, sa mission « de restaurer l'ordre juridique communautaire à la construction duquel œuvre sa jurisprudence (…) »[3]. Dans cette optique, un auteur avisé affirme qu'elle dégage des principes généraux, sans en préciser les sources, mais tirés, soit d'une analyse comparative des droits nationaux des États parties, soit des principes du droit international, soit des principes éternels et non écrits qui constituent l'âme du droit et permettent de concilier la lettre et l'esprit des lois, afin de satisfaire aux nécessités de la vie juridique[4]. Cette remarquable opinion d'ordre général s'étend évidemment aux notions du droit des sociétés commerciales, en particulier.

Par ses fonctions, c'est-à-dire l'application et l'interprétation communes du traité et des actes dérivés, la CCJA qualifie et donne du contenu à certains concepts. Elle illumine et précise les contours d'autres notions fondatrices du droit des sociétés dans ce système juridique. Le recensement de quelques arrêts, un peu arbitrairement choisis, peut attester cette tendance, en l'occurrence sur la notion de société commerciale, la société à statut particulier, l'affectio societatis, l'ordre public sociétaire, les nullités, le statut des dirigeants ou encore la mésentente entre associés.

---

[1] Traité relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis Île Maurice) et revisité à Québec le 17 octobre 2008.

[2] E. ABI, *La participation normative du juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Thèse, Université de Kara, 2023, p. 1 et s.

[3] CCJA, 1re ch., arrêt n° 259/2020 du 16 juillet 2020.

[4] P.-G. POUGOUE, « Les quatre piliers de la sagesse du droit OHADA », *Les horizons du Droit OHADA, Mélanges Filiga Michel SAWADOGO, CREDIJ*, 2018, p. 396.

1. Société commerciale. De manière classique, la société est commerciale soit par sa forme soit par son objet. Mais la commercialité des sociétés a été considérée comme étant toujours mal cernée, encore en débat[5]. Il reste que la CCJA ne se prive pas de relever, au besoin, les éléments d'identification de la société commerciale. Un arrêt du 26 novembre 2020 a jugé que, nonobstant sa dénomination de « société civile », une Société civile immobilière (SCI), du fait de son objet, est une société commerciale, soumise aux dispositions de l'AUSCGIE[6]. Un autre arrêt a dû préciser, le 29 avril 2021, que dans la mesure où une société est constituée sous une forme de droit privé, la mission de service public de production de l'électricité pour les usagers ne peut suffire[7] pour se soustraire aux voies d'exécution. Précédemment, dans un arrêt du 26 novembre 2020, il a été décidé que le droit uniforme ne s'applique pas à la forme sociale dénommée la société privée à responsabilité limitée (SPRL) de droit congolais[8]. A contrario, dans un arrêt du 9 juin 2016[9], la CCJA avait estimé qu'une société de droit suisse, qui possède une succursale au Togo, n'est pas une société de droit togolais, mais pouvait se voir appliquer les règles du droit commercial général relatives à la prescription.

Revenant sur les critères de distinction de la société commerciale et de l'association, la CCJA n'a pas manqué de fixer les esprits, dans un arrêt du 26 novembre 2020[10]. Elle décide que lorsque les statuts notariés d'une fondation à caractère associatif dénommée Georges Washington International Academy fondée en août 2008, précisent qu'elle a pour but la dispense de l'enseignement maternel, primaire et secondaire, il s'ensuit que par sa forme et son objet, ladite fondation n'est pas une société commerciale au sens des articles 4 et 6 de l'AUSCGIE et 2 de l'AUDCG. Dès lors, la Cour d'appel de N'Djaména, qui a reconnu la qualité d'associé de l'établissement « Georges Washington-International Academy » à Monsieur MOUSSA MAHAMAT LAMINE, et lui a accordé des parts de dividendes, sans établir au préalable l'existence même d'une société entre celui-ci et Madame Anne Nicole MASSA PAMBE, a violé l'article 4 de l'AUSCGIE et sa décision mérite cassation.

Dans sa formation plénière, la CCJA a jugé que la contestation de la validité des actes pris par les organes sociaux d'une société à capitaux publics ayant l'État pour seul actionnaire ne relève pas de la compétence des tribunaux administratifs, car ces actes sont soumis au régime de l'AUSCGIE et non au droit interne qui ne peut trouver à s'appliquer dans la mesure où l'Acte uniforme lui est supérieur[11]. Par ailleurs, cette Cour a retenu qu'une personne morale de droit privé dont l'objet social se rattache, non à une activité de souveraineté ou à une exploitation d'un service public, mais bien plus à une activité économique ou commerciale, et notamment l'exploitation de jeux de hasard, est une société commerciale. Même s'il est avéré que deux (2) ans après l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE, elle n'a pas satisfait à l'obligation de mettre ses statuts en harmonie, en application des articles 907, 908 et 915 de ce texte, ni choisi l'une des formes des sociétés prévues, il résulte de ce défaut de mise en harmonie que toutes clauses statutaires contraires aux dispositions susvisées sont réputées non écrites. Par conséquent, les dispositions nouvelles de l'Acte uniforme doivent impérativement s'appliquer. Il s'en déduit que cette société à capitaux publics ayant l'État pour seul actionnaire est une personne morale de droit privé. Le fait que le capital

---

[5] H. M. MONEBOULOU MINKADA, La notion de société commerciale en droit OHADA, *Revue CAMES/SJP*, n°001/2018, p. 123-160.

[6] CCJA, 3e ch., arrêt n° 353/2020 du 26 novembre 2020, affaire N'DHATZ ANOMA Antoine c/ EDI René et MANKE.

[7] CCJA, arrêt n° 076/2021 du 29 avril 2021.

[8] CCJA, 2e ch., arrêts n° 334/2020 et n° 335/2020 du 26 novembre 2020 : affaire Société MAISON GALAXY c/ José KIAMBI YAVANGA BANGAMBULA, ECOBANK RDC, Banque Commerciale du Congo, FBN BANK, ACCESS BANK.

[9] CCJA, arrêt n° 116/2016, 9 juin 2016, obs. M. GORE, *Lextenso, L"essentiel, Droits africains des affaires*, n° 2, février 2017, p. 2.

[10] CCJA, arrêt n° 357/2020 du 26 novembre 2020 : affaire ANNE NICOLE MASSA PAMBE C/Monsieur MOUSSA MAHAMAT LAMINE.

[11] *CCJA, Assemblée plénière, Arrêt N° 198/2023 du 30 Novembre 2023.*

appartienne exclusivement à l'État ne remet nullement en cause ce statut[12].

2. Droit commun des sociétés commerciales dans les États-Parties au Traité. La CCJA a, par un autre avis n° 003/2012 du 09 novembre 2012, clarifié la notion de droit commun des sociétés commerciales dans les États-Parties au Traité. Elle fixait solennellement que « La Cour considère que si l'expression est prise dans son acception d'un corpus de normes qui s'applique, dans tous les cas non exceptés, à des situations ou rapports juridiques, l'AUSCGIE est sans aucun doute le droit commun des sociétés commerciales »[13] au regard des articles 10 du Traité et 907 dudit Acte uniforme[14]. Cette solution logique s'explique par la classification faite entre l'AUSCGIE et l'AUSCoop.

3. Sociétés à statut particulier. La CCJA consacre les sociétés soumises à un régime particulier. Est considérée comme telle, selon la CCJA, dans un avis du 18 octobre 2016, « toute structure juridique revêtant une des formes admises en droit OHADA et dont les activités ou la mission d'intérêt général sont soumises à certaines règles de droit sectorielles ou dérogatoires du droit commun des sociétés commerciales de l'OHADA »[15]. En 2017, la CCJA revient encore pour préciser qu'une société soumise à un régime particulier prévu à l'alinéa 2 de l'article 120 de l'AUSCGIE renvoie « à toute société constituée conformément aux dispositions dudit AU et qui, en raison de la nature spécifique de ses activités, bénéficie d'un statut distinctif ou d'une règlementation singulière prévus par le droit interne ou le droit international »[16]. Selon un auteur, il existerait une erreur interprétative dans cet avis car la Cour commune procède à « l'assimilation inexacte des sociétés coopératives aux sociétés commerciales règlementées par l'AUSCGIE alors que ces sociétés sont règlementées par l'AUSCoop »[17]. La spécificité de l'activité exercée ou la mission d'intérêt général en cause, à la condition qu'une réglementation spéciale les régisse, semblent être, ici, les critères retenus, ce qui suggère d'opiner pour une évolution non limitative, susceptible d'être appliquée à d'autres catégories d'acteurs.

Au-delà, c'est surtout leur soustraction au régime de droit commun des sociétés qui intéresse, en matière bancaire[18], d'assurances[19] et financière ou dans l'hypothèse de l'immunité d'exécution. S'agissant des sociétés à caractère bancaire et financier, la réaction de la jurisprudence aux premières heures de l'application du droit uniforme a justifié la dérogation aux conventions règlementées et à la soustraction aux règles des procédures collectives OHADA. En ce qui concerne les sociétés à statut particulier de droit public, on connaît bien la question de leur immunité d'exécution. À dire vrai, c'est l'interprétation de la règle commune, initiée dans l'arrêt Togo Telecom[20], confirmée par d'autres arrêts, notamment l'arrêt Togo-Port (Port autonome de Lomé)

---

[12] CCJA, 2e Ch., Arrêt n° 13/2024 du 25 Janvier 2024.

[13] Avis n° 003/2012 du 09 novembre 2012.

[14] Cet article énonce que « Le présent Acte uniforme est applicable aux sociétés et aux groupements d'intérêt économique qui seront constitués sur le territoire de l'un des États Parties à compter de son entrée en vigueur dans ledit État Partie [même si] les formalités constitutives accomplies antérieurement n'auront pas à être renouvelées ».

[15] CCJA, avis n° 002/2016, 18 oct. 2016, *L'essentiel, Droits africains des affaires*, févr. 2017, n° 02, p. 4, note B. MARTOR ; dans le même sens, la cour d'appel de Lomé avait, à l'occasion, décidé que la norme du code CIMA constitue une norme internationale particulière par rapport à la norme de l'Ohada qui est aussi internationale, mais générale, et qu'en cas de conflit, la première devrait l'emporter (CA Lomé, arrêt n° 150 du 20 oct. 2009, ohadata J-10-222).

[16] CCJA, Ass. plén., avis n° 06/2017/AC, 7 nov. 2017

[17] E. ABI, *La participation normative du juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Thèse précitée.

[18] CCJA, Ass. plé., avis n° 03/2012 du 09 novembre 2012.

[19] CCJA, Arrêt n° 040/2013 du 16 mai 2013, *Juridata* n° J040-05/2013

[20] CCJA du 7 juill. 2005, Affaire AZIABLEVI Yovo et autres contre société Togo Telecom, *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° spécial, févr. 2010, p. 136 ; ohadata D-11-43.

du 13 mars 2014[21] et l'arrêt Fonds d'entretien routier (FER) de la Côte d'Ivoire, du 18 mars 2016[22], jurisprudence devenue constante[23], qui aboutit à la réforme en demi-teinte de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution du 17 octobre 2023[24].

4. **Personnalité morale de la société.** La CCJA considère que l'entreprise individuelle se confondant à son promoteur, les mentions relatives à la profession et au domicile qui se rapportent à l'entreprise et qui sont mentionnées dans la requête sont suffisantes[25]. Mais bien avant, après avoir visé l'article 98 de l'AUSCGIE, elle a jugé que l'extrait des minutes du greffe atteste de l'immatriculation de la société et suffit à reconnaître la personnalité juridique[26]. Faisant application de l'article 98 ci-dessus, la CCJA considère que c'est à partir de l'immatriculation au RCCM, que les engagements contractuels dûment pris au nom de la société commerciale ne sauraient se confondre avec ceux pris par le représentant en son nom personnel[27]. C'est à partir de son immatriculation au RCCM, que les engagements contractuels dûment pris au nom de la société commerciale ne sauraient se confondre avec ceux pris par le représentant en son nom personnel. Pareillement, CCJA suit la position de la cour d'appel de Lomé en jugeant que la société jouit d'une personnalité distincte et entière, et son contractant[28].

Il est constant que cette personnalité morale n'est pas reconnue à la succursale aux termes des articles 116 et 117 AUSCGIE. Celle-ci, étant un établissement commercial ou industriel ou de prestations de services appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion, n'a pas de personnalité morale distincte de la société propriétaire et ne peut donc, de ce fait, ester en justice[29]. Dans un arrêt du 30 mars 2015, la CCJA conclut que « attendu que, de jurisprudence constante, lorsqu'une société comporte plusieurs établissements disposant du pouvoir de la représenter à l'égard des tiers, ces établissements pourront être, à l'égard des justiciables, considérés comme sièges sociaux ; que la signification contestée, qui a été faite à l'agence de la société Afriland située à Bafoussam, dans le ressort territorial de la juridiction compétente, a été remise au responsable des affaires juridiques de cet établissement, ainsi déclaré ; qu'une telle signification doit être regardée comme régulière ». Toutefois, lorsqu'une personne morale ne rapporte pas la preuve de sa capacité juridique, la conséquence à en déduire est le défaut de qualité de celle-ci à ester en justice et à être partie dans la présente procédure sans que cela ne porte atteinte ni à la validité du mandat donné par les autres requérants, ni à la recevabilité du pourvoi en ce qui les concerne dès lors que les conditions de forme et de délai ont été respectées par ceux-ci[30]. S'il est vrai que la société Air Afrique créée par le Traité de Yaoundé auquel sont annexés ses statuts peut être considérée comme une société soumise à un régime particulier au sens de l'article 916 de l'AUSCGIE, il n'est pas moins vrai que « constituée sous la forme d'une société anonyme de droit privé », comme l'indique l'article 4 du Traité susmentionné, elle reste soumise aux dispositions applicables aux

---

[21] CCJA, 3e ch., arrêt n° 024/2014 du 13 mars 2014, aff. KOUTOUATI A. AKAKPO Danwodina et autres c/société Togo-Port dite Port autonome de Lomé.

[22] CCJA, arrêt n° 044/2016 du 18 mars 2016 : affaire GNANKOU Philippe c/Fonds d'entretien routier dit « FER » de Côte d'Ivoire.

[23] CCJA, arrêt n° 060/2022 du 3 mars 2022 ; arrêt n° 201/2023 du 30 novembre 2023, Marie Ange Constante CESS BOUAYE C/La Poste de Côte d'Ivoire ; CCJA, 3e ch., arrêt n° 060/2022 du 3 mars 2022, *L'essentiel, Droits africains des affaires*, déc. 2022, n° DAA201f6, note de R. A. ADAM, ; CCJA, 1ère ch. Arrêt n° 053/2022 du 3 mars 2022, *L'essentiel, Droit des africains des affaires*, nov. 2022, n° DAA201d2, note de R. A. Adam ; CCJA, 1ère ch., arrêt n° 170/2022 du 28 mai 2020, *L'essentiel, Droits africains des affaires*, oct. 2020, n° 113k5, note de É. NSIE, p. 2.

[24] Les articles 30 à 30-3 nouveaux de l'AUVE ont modifié les règles relatives au bénéfice de l'immunité d'exécution.

[25] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 190/2024 du 27 Juin 2024.

[26] CCJA, 2e Ch., Arrêt N° 186/2023 du 26 Octobre 2023.

[27] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 157/2017 du 13 Juillet 2017.

[28] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 269/2018 du 27 Décembre 2018.

[29] CCJA, 2e Ch., Arrêt n° 169/2022 du 24 Novembre 2022.

[30] CCJA, Arrêt n° 04/2004 du 08 Janvier 2004.

sociétés anonymes.

5. Sociétés de fait et sociétés créées de fait. Par un arrêt en date du 23 Juin 2016[31], la CCJA a eu l'occasion de préciser les éléments caractéristiques d'une société de fait. Elle reproche, de la sorte, à la Cour d'appel de n'avoir pas les éléments constitutifs d'une société. Les témoignages corroborent plutôt des relations de commissionnaire à commettant. Il n'est fait référence ni à un capital constitué par des associés, ni à des bénéfices résultant d'une comptabilité régulière. La même censure de cassation a été infligée à une autre cour d'appel en application de l'article 864 de l'AUSCGIE du 17 avril 1997[32]. La CCJA dispose que « …lorsque des personnes se comportent comme des associés d'une société sans avoir créé entre elles une société reconnue par l'Acte uniforme ; qu'en l'espèce, il est établi par le contrat de collaboration signée par les parties que l'une mettait à la disposition de l'autre des moyens pour l'exercice de sa profession de négociant minier, moyennant une redevance mensuelle convenue et une constitution d'un gage des produits miniers du débiteur au profit du remettant ; qu'il ne résulte ni de ce contrat ni des productions, la preuve que les parties se sont comportées comme des associés ; que le simple mécanisme de contrôle des produits miniers mis en place par les parties aux fins de détermination de la redevance due ne peut suffire à caractériser les éléments constitutifs d'une société de fait dont l'existence résulte de l'affectio societatis qui est la volonté de s'associer et de participer au projet commun sur une base égalitaire ». Postérieurement, la CCJA est restée fidèle à sa jurisprudence antérieure[33] en ce qui concerne la caractérisation de la société créée de fait résultant du comportement des personnes[34], qui sans en avoir connaissance, se prennent comme associés[35]. Dans une décision en date du 29 Juin 2017, les faits de l'espèce sont assez évocateurs du comportement comme associés. En l'espèce, il est établi que MARTINEZ ROYO JORGE a transféré des fonds et des mobiliers à sa fille pour lui permettre de créer l'entreprise « la PLAYA ». Toutefois, il ne résulte ni de l'arrêt attaqué ni des productions au dossier que ces envois ont été effectués dans l'intention de s'associer. De même, la preuve du partage des bénéfices et de la participation aux pertes n'est pas rapportée. La Cour d'appel a violé les articles 4 et 864 de l'AUSCGIE et a exposé sa décision à la cassation lorsqu'elle a conclu, dans ces conditions, à l'existence d'une société de fait entre les parties sur la base de l'apparence et des allégations de sieur MARTINEZ ROYO JORGE en l'absence de la réunion d'éléments constitutifs d'une société, en l'occurrence, l'affectio societatis, la participation aux bénéfices et pertes résultant d'une comptabilité régulièrement tenue pour en témoigner. Pour ce qui est de la distinction entre le régime de la société de fait et la société en participation, l'assemblée plénière de la CCJA dans un arrêt N° 49/2015 en date du 27 Avril 2017 a pu décider que la distinction n'est point pertinente au regard de l'unicité du régime juridique applicable dans les rapports entre associés dans les deux types de société qui sont assimilés à la société en nom collectif conformément à l'article 856 de l'AUSCGIE.

---

[31] CCJA, 2e Ch., Arrêt n° 126/2016 du 23 Juin 2016.

[32] CCJA, 2e Ch., Arrêt n° 141/2020 du 30 Avril 2020.

[33] CCJA, 3e Ch., Arrêt n° 191/2015 du 23 Décembre 2015 : « Mais attendu que les juges du fond, en appréciant les faits soumis à leur appréciation, ont pu déduire, souverainement, des éléments de preuve qui leur sont soumis, notamment, de la preuve de la propriété de la plantation attestée par le permis d'occuper en vue d'une immatriculation n°68 du 22 juin 1916 et le permis d'occupation provisoire n°17 du 9 mars 1923, de la correspondance non contestée en date du 24 janvier 2001, du travail et de la prise en charge matérielle des manœuvres et du versement par le requérant au défunt de la somme de 250.000FCFA sur les bénéfices réalisés, un comportement non équivoque de s'associer en vue de la création d'une société de fait ; que cette appréciation souveraine des faits, outre qu'elle échappe au contrôle du juge de la cassation, il en résulte des éléments susceptibles d'attester de l'existence des conditions de création d'une société à savoir l'apport ici symbolisé par la mise à disposition de son champ dont la preuve de la propriété est suffisamment apportée et le partage des bénéfices et pertes illustré par la remise non contestée de la somme de 250.000 FCFA ; qu'il s'ensuit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas commis le grief qui lui ai reproché ; qu'il echet dès lors de rejeter le recours de Tano ATCHIMOU comme étant non fondé ».

[34] CCJA, 3e Ch., Arrêt n° 213/2019 du 27 Juin 2019 ; CCJA, 1re Ch., Arrêt n° 220/2019 du 18 Juillet 2019.

[35] CCJA, 1re Ch., Arrêt n° 142/2017 du 29 Juin 2017.

6. Associé. La qualité d'associé a été clarifiée par la CCJA. Pour la Cour, « au sens de l'article 41 susvisé et selon une jurisprudence constante, la qualité d'associé d'une S.A.R.L ne résulte pas de la preuve de la libération de son apport mais du contrat de société dont les statuts sont l'expression ; que dès la souscription des parts sociales, le souscripteur est juridiquement un associé, indépendamment de la libération desdites parts, et il bénéficie conséquemment de tous les droits que lui confère la qualité d'associé ; qu'en l'espèce, l'article 7 des statuts de la société mentionne clairement que les dix fondateurs ont, tous, fait apport à la société de 300 000 FCFA chacun pour un montant total de trois millions FCFA ; qu'il s'en déduit que, quelles que soient les circonstances de la libération de leurs apports, la qualité d'associé ne saurait leur être déniée ; que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont statué comme ils l'ont fait et ce moyen sera rejeté »[36]. La détermination de la qualité et du statut de l'associé reste une notion essentielle en ce moment d'activisme actionnarial.

7. Objet social. Aux termes de l'article 19 de l'AUSCGIE, « toute société a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts ». Pour la CCJA, si ce texte prévoit la spécificité statutaire et fixe le cadre des pouvoirs des dirigeants sociaux, il n'en demeure pas moins qu'à l'égard des tiers, cet objet ne constitue pas une limite, et n'empêche pas que les dirigeants engagent la société en cas de dépassement de l'objet, sauf les réserves prévues à l'article 122 dudit Acte uniforme[37]**.** Le moyen ne démontre pas en quoi la Cour d'Appel**,** appréciant souverainement les faits de la cause pour caractériser l'existence du prêt et faire application des articles 1 et 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (ci-après désigné AUPSRVE), a pu les violer. « Les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société et envers les tiers soit des infractions aux dispositions législatives ou règlementaires applicables aux sociétés anonymes soit des violations des clauses des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion » par l'application des dispositions de l'article 740 § 1(ancien) de l'AUSCGIE.

8. Ordre public sociétaire. Les solutions sont stimulantes relativement à l'ordre public sociétaire**.** L'organisation des pouvoirs des organes sociaux par les statuts a ainsi constitué un point discuté, à telle enseigne que la CCJA a été obligée de rappeler l'ordre public sociétaire, qui implique la hiérarchie à établir entre loi impérative, règles statutaires, les décisions collectives et les conventions extra-statutaires ou pactes d'actionnaires, dans un arrêt du 29 décembre 2022[38]. Elle décide avec fermeté que « pour la conduite des affaires de la société, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires qui ne portent pas atteinte à la répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux ; qu'en l'espèce, la nomination dont l'exécution est poursuivie par la société EHM SA remet en cause les attributions du conseil d'administration qui, au regard des dispositions légales sus énoncées, est seul habilité à nommer le directeur général de la société ASAM SA ; que, dès lors, en confirmant l'ordonnance attaquée ayant fait primer les stipulations conventionnelles sur les règles impératives édictées par l'Acte uniforme invoqué par les demandeurs, la Cour d'appel de Bamako a commis les griefs allégués au moyen ». Au surplus, la CCJA censure par la même occasion l'immixtion du juge dans les affaires de la société, pour imposer un dirigeant conformément au pacte d'actionnaires, non respecté par l'une des parties, lors de la désignation du dirigeant social par le conseil d'administration. Déjà en février 2020, la Cour commune a fixé dans un arrêt qu'il résulte de l'article 2 de l'AUSCGIE que les dispositions dudit texte sont d'ordre public de sorte qu'il ne peut y être dérogé par des conventions particulières. Que dès lors, dans une SARL, il ne peut être désigné

[36] CCJA, 3e Ch., Arrêt n° 268/2018 du 27 Décembre 2018

[37] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 157/2018 du 18 Octobre 2018.

[38] CCJA, arrêt N° 198/2022 du 29 décembre 2022 : affaire Assistance Aéroportuaire du Mali SA et Ministère de l'Economie et des Finances du Mali C/ Europe Handling Mali SA.

comme dirigeant un « administrateur général » alors que l'Acte uniforme prévoit qu'une telle société est dirigée par un gérant. Le juge de cette Cour déclare en conséquence irrecevable le recours en cassation introduit au nom de la SARL par un administrateur général[39]. Plus récemment, un arrêt n° 261/2024 du 24 octobre 2024 précise que l'approbation préalable par l'assemblée générale des états financiers de synthèse constitue un impératif avant toute distribution de dividendes, s'il existe des bénéfices le permettant, approbation qui permet de déterminer l'assiette des dividendes à distribuer et sans laquelle les actionnaires ne peuvent y prétendre.

9. L'apparence. En matière commerciale, il ne fait aucun doute que l'apparence crée le droit (droit objectif et droits subjectifs) de façon naturelle. La CCJA, tissant sa toile jurisprudentielle, donne en revanche un regain d'intérêt à l'apparence en droit des sociétés. D'abord dans un arrêt 17 juin 2011[40] en énonçant que les irrégularités formelles n'empêchent pas l'existence d'une société avec personnalité juridique propre, il en rejaillit que d'après la CCJA ce régime des nullités permet de protéger le patrimoine de la société distinct de celui de l'associé unique. Ensuite, transposable en droit des sociétés, un arrêt de la CCJA en date du 17 décembre 2015[41] retient le mandat apparent pour engager la responsabilité d'une institution (l'Église)[42], les apparences non camouflées (attachement de l'employé, lieu de livraison) ayant convaincu un tiers de la régularité de l'opération. Enfin, la force ou l'autorité du mandataire apparent était en cause dans un arrêt n° 076/2018 en date du 29 mars 2018.

Réaffirmant l'application du principe du mandat apparent, la Cour a admis la validité d'un acte accompli par une personne se présentant comme mandataire, même sans pouvoir réel, si le tiers contractant était de bonne foi et que l'apparence de ce pouvoir était légitime. D'autres applications ont étendu ce mécanisme modérateur au mandat apparent d'un ancien gérant d'une SARL43, d'un préposé d'une SA44, d'un intermédiaire de commerce45, d'un co-indivisaire pour agir pour le compte de l'indivision46, entre un commerçant et une église47, etc. Pour un auteur, « cette théorie du mandat apparent, adoptée par le juge de la CCJA, assure la sécurité des transactions et la protection des tiers de bonne foi, trompés par une apparence »[48]. La théorie du mandat apparent étant souvent instrumentalisée, il est désormais possible de plaider pour les balises jurisprudentielles afin de rassurer tous les acteurs sur certains points, notamment en cas de conventions règlementées, en cas de conflits entre droit spécial et droit commun, en cas de représentation légale contre mandat apparent et en cas d'existence d'une obligation de vigilance.

10. Le cumul de mandats de dirigeant avec un contrat de travail. Terreau fertile des querelles sociétaires, les décisions foisonnent sur la question. Un arrêt précurseur de la Cour suprême du Sénégal, dans lequel il n'y avait pas de cumul, portait néanmoins sur un litige relatif à un directeur général d'une société anonyme qui avait signé, en cette qualité, un contrat de travail avec ladite société. Se prévalant de son statut de dirigeant social, l'intéressé estimait que la juridiction compétente pour connaître de l'affaire devrait être la CCJA. Mais la juridiction suprême nationale avait fait prévaloir

[39] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 48/2020 du 27 Février 2020.

[40] Ohadata J-14-06.

[41] Ohadata J-16-166.

[42] CCJA, 2ème Ch. arrêt n° 178/2015 du 17 décembre 2015.

[43] CCJA, 2ème ch., arrêt n° 185/2017 du 27 juill. 2017, *LEDAF* janvier 2018, n° 01, p. 3, note de B. KAMENA.

[44] CCJA, 2ème ch., arrêt n° 071/2018 du 29 mars 2018, *LEDAF* juil. 2018, n° 07, p. 2, note de E. D. FOTSO. Les solutions retenues sont protectrices *« des tiers, qui n'auront pas à vérifier systématiquement les pouvoirs de leur interlocuteur, notamment pour les opérations commerciales courantes* », note l'annotateur.

[45] CCJA, 1ère ch., 23 janv. 2020, n° 013/2020, *LEDAF* septembre. 2020, n° 09, P. 2, note B. KAMÉNA.

[46] CCJA, 2ème ch., arrêt n° 187/2017 du 27 juillet 2017.

[47] CCJA, 1ère Ch. arrêt n° 004/2020 du 23 Janvier 2020.

[48] E. Abi, *La participation normative du juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Thèse précitée.

le contrat de travail pour se déclarer compétente[49]. Depuis lors, se sont enchaînés des litiges liés aux situations parfois complexes à démêler. Inaugurant les décisions structurantes à partir d'un arrêt du 8 mars 2012[50], la CCJA a retenu que le contrat de travail signé par un directeur général, qui ne correspond à aucun emploi effectif, ne peut être considéré comme contrat de travail distinct à côté du mandat social, en déduisant que le contrat ainsi conclu ne peut pas relever de la compétence du juge social mais de celle de la CCJA parce qu'il s'agit d'application de l'AUSCGIE.

Dans un autre arrêt rendu la même année[51], la CCJA affine sa jurisprudence en énonçant que le mandataire social lié par un contrat de travail peut, en cas de licenciement abusif, prétendre aux indemnités relevant du droit du travail (reconnaissance du droit du travail si emploi effectif). L'existence d'un emploi effectif distinct du mandat social étant une condition requise pour le cumul, un troisième arrêt a dû préciser que le mandataire social qui prétend être salarié doit justifier qu'un contrat de travail a été conclu avec la société et qu'il correspond à un emploi effectif distinct des fonctions dirigeantes[52]. La tendance oblige le juge, dans un quatrième arrêt[53], à refuser de reconnaitre la qualité de gérant salarié lorsqu'un contrat invoqué n'a aucune référence à la décision des associés ni d'éléments établissant la distinction entre mandat social et contrat de travail, exigeant des preuves écrites claires et complètes[54].

Toutefois, la Cour concède aux juridictions de fond le pouvoir d'appréciation souveraine de l'emploi effectif, qui ne peut être remis en cause par elle qu'en cas de violation ou de mauvaise application de l'AUSCGIE[55]. Plus récemment, un arrêt considère que sans emploi effectif distinct[56], le DG n'est lié à la société que par un contrat de mandat, et le juge social n'est pas compétent pour connaitre de la rupture de ladite relation[57]. Plus particulièrement, dans un arrêt du 30 mai 2024[58], les juges ont validé le cumul de deux contrats de travail pour un directeur général adjoint (DGA), autrement dit, l'exécution cumulative des contrats, faute de preuve indubitable de la suspension de l'un d'eux par la société. Enfin, clarifiant les droits financiers des dirigeants, la Cour, dans un arrêt n° 149/2025 du 24 avril 2025, réaffirme que la rémunération d'un directeur général peut être cumulée et distincte de son salaire de salarié, à condition que l'emploi correspondant à la fonction de direction soit effectif. En clair, la jurisprudence constante enseigne que le cumul reste possible seulement lorsqu'il y a emploi effectif distinct.

11. Abus de majorité et minorité. L'abus de minorité suppose, au sens de l'article 131 de l'AUSCGIE, que la résolution proposée à l'assemblée générale de la société n'ait pas été adoptée du fait du vote négatif de l'associé minoritaire. Selon la CCJA dans un arrêt en date du 31 octobre 2024[59], c'est à tort que, pour retenir l'abus de

[49] C. S. soc. n° 45 du 25 févr. 2009, Pape Mactar SARR c/ Elton Oil Company SA RSD n° 26, janv.-juin 2011, p. 169, obs. NDIAW DIOUF.

[50] CCJA, arrêt n°013/2012 du 08 mars 2012/ Elton Oil Company/Papa Mactar Sarr.

[51] CCJA, arrêt 3e ch., n°87/2012 du 04 décembre 2012.

[52] CCJA, 1re ch., n°003/2015 du 12 février 2015.

[53] CCJA, 1re ch., n°156/2015 du 26 novembre 2015.

[54] S. TOE, « Analyse critique du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail en droit OHADA », *Penant* n° 896, 2016, p. 16 et s.

[55] CCJA, 3e ch., n°83/2016 du 28 avril 2016

[56] CCJA, 2e ch., n°98/2020 du 9 avril 2020.

[57] Dans le même sens, CCJA, 2e ch., n°108/2023 du 27 avril 2023 ; CCJA, 2e ch., n° 187/2023 du 26 octobre 2023 ; Pour le commentaire de cet arrêt, voir E. ABI, « L'exercice du seul mandat social du Directeur Général d'une société anonyme relève d'un contrat de mandat et non d'un contrat de travail », *RDAA*, Octobre 2024, in http://www.institut-idef.org, *RDAA-OHADA* et NENA - Nouvelles Éditions Numériques Africaines (nena-sen.com).

[58] CCJA, arrêt 2e ch. n° 160/2024 du 30 mai 2024.

[59] CCJA, arrêt n° 270/2024 du 31 octobre 2024 : affaire MOUICHE Moïse C/Société Nouvelle d'Assurances du Cameroun (SNAC), Société SNAC-VIE, Messieurs Jean-Yves Julien, Jean CHEBAUT.

minorité, l'arrêt attaqué a considéré que, contrairement à l'opinion des premiers juges, la matérialisation de l'abus de minorité ne requiert pas que l'opposition de l'associé minoritaire ait empêché l'adoption de la résolution mise au vote**.**

S'agissant de la clarification de l'abus de majorité, la Cour commune de justice et d'arbitrage a retenu qu'au sens de l'article 130 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997, « pour être constitutive d'abus de majorité, la décision collective doit être contraire à l'intérêt de la société et être prise dans le dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment de la minorité ». Partant de ce principe, elle soutient qu'en retenant simplement que la révocation du dirigeant social « constitue en soi un abus de majorité puisque celui-ci est l'un des grands actionnaires et en même temps fondateur et que, sans lui, le conseil d'administration pourra prendre des décisions contrariant l'intérêt de la société, sans relever la réalisation des conditions prescrites par l'article 130 de l'AUPSRVE qui seules peuvent caractériser l'abus de majorité, la Cour d'appel a violé cette disposition de l'Acte uniforme et fait encourir la cassation à sa décision »[60]. Il va donc sans dire que la charge de la preuve de l'abus de majorité pèse exclusivement sur l'actionnaire minoritaire qui doit établir l'existence des éléments constitutifs de l'abus de majorité au sens de l'article 130 de l'AUSCGIE[61]. Quelques mois auparavant, l'Assemblée plénière de la CCJA avait fixé que la mise en réserve systématique des bénéfices ne constituait pas un abus de majorité s'il n'est pas rapporté la preuve que les actionnaires majoritaires ont voté les différentes délibérations dans leur seul intérêt[62].

12. Conventions règlementées. L'arrêt en date du 1er octobre 2020 en constitue une illustration édifiante[63]. En l'espèce, par une convention de crédit du 17 juillet 2017, la BGFI Bank ouvrait un concours financier d'un montant de quinze milliards de FCFA au bénéfice de l'emprunteur PERL INVEST, Société par Actions Simplifiée. En garantie du remboursement de ce prêt, une société, BNI GESTION, Société Anonyme, a autorisé le débit de ses comptes ouverts dans les livres du prêteur à due concurrence du crédit consenti. La CCJA reproche à une cour d'appel d'avoir retenu que « le nantissement de compte bancaire a été donné par la BNI GESTION qui est le véritable bénéficiaire dudit prêt et donc [qui] a la qualité de débiteur vis-à-vis de la BGFI Bank » et « qu'une telle garantie ne concernant pas un engagement pris par un tiers, elle ne nécessite nullement l'autorisation préalable du conseil d'administration de la BNI GESTION ». Dans un arrêt du 09 juin 2016, la CCJA a jugé que « la délégation de loyers permet au délégant de s'acquitter de sa dette en déléguant au banquier prêteur le locataire délégué qui s'acquittera directement entre ses mains des loyers, ces règlements valant paiement ; qu'elle est donc un moyen de paiement et d'extinction d'une dette et non une garantie en cas de défaillance du débiteur pour le recouvrement de la créance du créancier ; que la délégation de loyers n'étant ni un cautionnement, ni un aval, ni une garantie, n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 449 de l'AUSCGIE »[64].

Par ailleurs, la CCJA fait une précision importante dans un arrêt du 17 décembre 2015. Pour la Cour, les articles 465, 487 et 449 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne s'appliquent pas au cautionnement souscrit par les tiers au profit de la société anonyme. Sous l'ère de l'AUSCGIE de 1997, elle a, dans un avis solennel, décidé que les dispositions de l'AUSCGIE sont d'ordre public et s'appliquent à toutes les sociétés commerciales, y

[60] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 107/2020 du 09 Avril 2020.

[61] CCJA, 2e Ch., Arrêt N° 134/2015 du 12 Novembre 2015.

[62] CCJA, Assemblée plénière, Arrêt N° 64/2015 du 29 Avril 2015.

[63] CCJA, arrêt n° 289/2020 du 1er octobre 2020 : affaire Société BNI GESTION c/ BGFI BANK Côte d'Ivoire.

[64] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 107/2016 du 09 Juin 2016.

compris aux banques et aux établissements financiers[65]. C'est par suite de cette jurisprudence issue de l'avis consultatif que le législateur a légèrement modifié la rédaction de l'article 449 de l'AUSCGIE à l'occasion de la réforme de 2014.

13. Nullité de la société, des actes et délibérations. Les articles 242 à 256 de l'AUSCGIE ont certes consacré la nullité de la société des actes et délibérations, mais ils restent limités. La CCJA s'est chargée d'en tracer les contours. La vocation stabilisatrice de la CCJA porte d'abord sur la fidélité au principe de la nullité textuelle : « pas de nullité sans texte ». L'orientation tend vers la préservation de la société quand la régularisation est possible au détriment de la nullité systématique prônée par les juridictions de fond[66]. En faisant une interprétation restrictive des nullités en droit OHADA des sociétés, le juge affirme dans un arrêt du 23 avril 2014[67] la primauté du mécanisme de régularisation sur la sanction de la nullité. Préoccupé par la sécurité juridique, il décide à bon droit que la nullité constitue une sanction exceptionnelle, strictement encadrée par les textes. Outre le fait qu'il s'agit d'un arrêt de principe en matière de nullité des sociétés commerciales OHADA, il aurait une autorité renforcée, d'autant plus qu'il est rendu en formation plénière et s'inscrit dans une jurisprudence constante visant à protéger la sécurité juridique, à préserver la continuité de la personne morale et à éviter les nullités destructrices de valeur économique[68]. Par la suite, le régime des nullités en droit des sociétés n'étant pas des plus limpides, la CCJA s'en est sérieusement occupée[69]. Les points litigieux portent non seulement sur les conditions, mais aussi sur le point de départ de la prescription.

S'agissant des conditions de la nullité, la CCJA, dans un arrêt du 29 mars 2018 [70], énonce que la nullité d'un acte du conseil d'administration ne peut être prononcée que si une disposition impérative de l'Acte uniforme (ou une règle impérative/les statuts) le prévoyait, limitant ainsi les cas de nullité et exigeant un fondement légal/contractuel clair. De plus, plusieurs arrêts de la CCJA ont modernisé la lecture des nullités en insistant sur : la nécessité d'un grief réel (intérêt à agir), la possibilité pour le juge de moduler les effets de la nullité pour éviter des annulations en cascade portant atteinte à l'intérêt social et la distinction entre nullités absolues et nullités relatives/atténuées[71]. C'est dans ce contexte de construction qu'un arrêt du 19 janvier 2023[72] renseigne qu'un associé ne peut solliciter la nullité de l'assemblée générale en se fondant sur une convocation tardive dès lors que, d'une part, il a clairement consenti de manière manuscrite à ce que ladite assemblée se tienne à la date indiquée (24 mai 2019) et ce, nonobstant la non-observation, à un seul jour près, du délai légal de quinze jours, et, d'autre part, dès lors qu'il a bien participé au conseil d'administration et à l'assemblée

---

[65] CCJA, Assemblée plénière, Avis N° 02/2000/EP du 26 Avril 2000.

[66] CCJA, arrêt n°042/2008, 17 juillet 2008, Société LEV-Cote d'Ivoire dite LEV-CI Sa c/ Monsiuer Peled Nathan, obs. Sylvain Sorel Kuaté Tameghé et Pulchérie Amougui Galoua, les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, éd. Harmattan 2010, Paris ; CCJA, arrêt n° 034/2008/PC, 03 juillet 2008, Bassirou Ka c/ Abdoulaye Cissé, Mohamed El Bechir Sissoko et Djibril Cissé, obs. René NJEUFACK TEMGWA, *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, éd. Harmattan 2010, Paris ; ohadata J-13-196 ; CCJA, arrêt n°048 du 07juin 2012, Salia Mohamed Lamine c/ Sté d'Assurance « LAFIA-SA », *Recueil Jurisprudence OHADA* n°18 janv.-juin 2012, p.196.

[67] CCJA, arrêt n°021/2014 du 11 mars 2014, Société total Guinée SA c/ La Compagnie Pétrolière de Guinée (COPEG SA) et l'Etat Guinéen, obs. KEM CHEKEM Bruno Marcel, Juridis n° 106, avril - mai - juin 2016, P.60 à 72 ; CCJA, ass. plén., Arrêt n° 080/2014, du 23 avril 2014, Aff. Madame IBIKUNLE Karamatou c/ La Société CODA-BENIN et 05 autres.

[68] N. RAMARDE, *Les nullités en droit des sociétés commerciales OHADA*, thèse, UCAD, 2020, p. 182 et s.

[69] CCJA arrêt n°059/2015 du 27 avril 2015, affaire Société Malienne de Promotion Immobilière dite SAMAPIM c/ Société Immobilière et Foncière du Mali dite SIFMA, Banque Internationale Pour le Mali dite BIM, intervenante forcée www.ohada.com; CCJA arrêt n°143/ 2016 du 14 juillet 2016, affaire IBRAHIMA ABOUKHALIL c/ Etat du Sénégal et le Ministère Public, Karim Meissa WADE, et autres www.ohada.com.

[70] CCJA arrêt n°076/2018 du 29 mars 2018, www.actualitesdudroit.fr.

[71] Pour un éclairage récent de l'œuvre jurisprudentielle, CCJA, arrêt n° 176/2023 du 26 octobre 2023.

[72] CCJA, arrêt n° 009/2023 du 19 janvier 2023 : affaire Abdellah EL HAQAOUI C/Société de Cultures Légumières dite SCL ; Sur le commentaire de cette décision, voir E. ABI, « Irrecevabilité d'une action en nullité de délibération d'une AGO introduite par un actionnaire présent et ayant voté sans réserve », ATDA N° 17, Juin 2023.

générale qui se sont tenus le même jour, sans émettre une quelconque réserve. Toutefois, le juge de la CCJA se montre très attaché à la lettre de la loi lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les pouvoirs reconnus au juge dans le processus de régularisation des nullités. Il a jugé que l'article 247 alinéa 1 de l'Acte uniforme offre simplement une faculté à la juridiction saisie d'une action en nullité de fixer un délai pour permettre de couvrir ladite nullité. Qu'une cour d'appel qui, par une appréciation souveraine des faits soumis à sa censure, n'a pas fixé un tel délai, et n'a en rien commis le grief qui lui est reproché[73].

En ce qui concerne le point de départ de la prescription, par un arrêt du 19 janvier 2023[74], la CCJA réaffirme une solution de bon sens dans une circonstance un peu curieuse. En l'espèce, une première « notification-convocation » datée du 24 novembre 2014 avait été adressée à Jean-Pierre KAMHOUA, pour participer à une assemblée générale qui devait préalablement se tenir le 27 novembre 2014 ; à cette date, le quorum requis n'ayant pas été atteint, une « deuxième convocation n° PCA/10/14 » lui était parvenue, aux mêmes fins, pour le 24 janvier 2015. L'intéressé ayant reçu et signé les documents à lui adressés, on en déduit qu'il a bien eu connaissance de la date et de la tenue de l'assemblée générale extraordinaire. À sa demande, une décision du tribunal a prononcé l'annulation des résolutions de l'assemblée générale extraordinaire du 24 janvier 2015, confirmée par une cour d'appel qui a retenu, en substance, que « c'est au cours d'une procédure pénale, courant 2019, que l'intimé découvre le pot aux roses quand enfin l'expédition des procès-verbaux sera produite comme pièce à conviction ; que c'est à partir de cette découverte curieuse que les actes de l'assemblée générale peuvent lui être opposables ». Selon la CCJA, la cour d'appel, en se déterminant de la sorte, alors que le délai de prescription de trois (3) ans, prévu à l'article 251 de l'AUSCGIE court à compter de la date de la tenue de l'assemblée, en l'occurrence le 24 janvier 2015, et qu'il est établi que Jean-Pierre KAMHOUA, dument convoqué, était bien au courant de la tenue de cette réunion, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article susvisé et fait encourir la cassation à sa décision.

14. La révocation du dirigeant social. La révocation du dirigeant social est une terre fertile où prospèrent des constructions jurisprudentielles car généralement, il est rare de rencontrer des révocations sans bruits. La CCJA au gré des saisines construit des sanctuaires de principes pour rationaliser la révocation. S'agissant de la révocation du Directeur général, la CCJA a tout récemment répondu à la question ci-après : Un Directeur Général peut-il être révoqué par le Conseil d'Administration sans qu'il ait eu la possibilité de faire valoir ses droits avant d'être démis de ses fonctions ? Après avoir visé l'article 492 de l'AUSCGIE le juge régulateur pose en principe jurislatif que la révocation peut intervenir à tout moment, sans qu'il soit nécessaire de respecter le principe du contradictoire. Cela étant, la Cour d'appel, en décidant que la révocation était abusive au motif que l'intéressé n'avait pas été mis en mesure de présenter ses observations devant le Conseil d'Administration, a ajouté à la loi ce qu'elle ne prévoit pas, violant ainsi l'article 492 précité. Cette méconnaissance justifie la cassation de l'arrêt attaqué[75].Le 28 novembre 2024, elle a retenu dans une espèce qu'en vertu de l'article 492 de l'AUSCGIE, la révocation d'un dirigeant social doit reposer sur un juste motif ; qu'en l'espèce, les juges du fond, appréciant souverainement les éléments de fait, ont estimé que la violation alléguée des normes de gouvernance et d'éthique n'était pas suffisamment caractérisée pour justifier sa révocation ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions de l'article 492 de l'AUSCGIE et ne l'a pas violé[76].

---

[73] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 66/2021 du 08 Avril 2021.

[74] CCJA, arrêt n° 010/2023 : affaire La société Mission d'Investissement pour la Gestion de l'Epargne et du Crédit, dite MIGEC FINANCE C/ Jean Pierre KAMHOUA.

[75] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 38/2025 du 30 Janvier 2025.

[76] CCJA, 2e Ch., Arrêt N° 324/2024 du 28 Novembre 2024.

En 2021, la deuxième chambre de la CCJA avait, par arrêt n° 81/2021 du 29 Avril 2021, jugé qu'en application des dispositions de l'article 492 de l'AUSCGIE du l7 avril 1997, le Directeur général est révocable ad nutum, c'est-à-dire sans qu'il soit utile d'indiquer le motif de sa révocation. Néanmoins, si les parties avaient convenu du paiement d'une indemnité de rupture, le juge l'accorderait au DG révoqué, d'autant plus si le motif de la rupture, fautif ou non, n'avait pas été indiqué. Cet arrêt valide ainsi la volonté des parties qui ont convenu d'allouer une indemnité en cas de révocation du DG que celle-ci soit abusive ou non. Cela dit, si la loi réserve l'allocation des indemnités pour rupture abusive, les parties ont la possibilité d'aller au-delà de ce qui est légalement envisagé. Dans l'affaire Compagnie Hévéicole de Prikro (CHP) et de Monsieur VANDEBEECK Pierre Alice Hubert contre Monsieur VONTHRON Jean-François, objet de l'arrêt Arrêt N° 375/2020 du 31 Décembre 2020 la première chambre de la CCJA a jugé que 1er alinéa de l'article 492 de l'AUSCGIE pose le principe de la révocation ad nutum selon lequel le Directeur Général peut être révoqué à tout moment. Il reste qu'en vertu de son alinéa 2 la révocation sans juste motif peut donner droit à des dommages et intérêts.

Le juge, affinant sa motivation, martèle que par ailleurs, « il est de jurisprudence de la CCJA que la révocation du directeur général peut même être précédée d'une mesure conservatoire telle que la suspension des fonctions ou le refus d'accès à son bureau, l'essentiel étant que la suspension tout comme la révocation aient été décidées par le conseil d'administration et non par son président (CCJA Arrêt n°032/2007 du 22 nov. 2007) ». La référence à la jurisprudence par la CCJA par arrêt ne constitue pas une nouveauté au niveau de cette Cour. Un auteur avait mis en exergue cette méthode de révélation du pouvoir créateur du juge de la CCJA en affirmant que ce juge, par la référence à « la jurisprudence », puis à « la jurisprudence constante », « n'est plus dans la posture de dissimulation de sa jurislation. Il l'assume ouvertement »[77]. Selon toujours les constructions de la CCJA, la révocation est justifiée par la mesure d'expulsion qui a été imposée tant à la société qu'à son Directeur Général ; n'est pas abusive[78]. Il a été aussi décidé que l'article 492 de l'AUSCGIE donne la possibilité au Conseil d'Administration de prendre des mesures conservatoires à l'égard du Directeur général d'une société anonyme en le suspendant préalablement à une révocation. C'est le principe de la libre révocabilité du directeur général. Cette mesure conservatoire peut être faite dans le but de clarifier les opérations financières de ladite société[79].

15. Révocation du DGA. Dans un arrêt de 2020, la CCJA a sans détour précisé que les articles 471 et 475 de l'AUSCGIE consacrent en faveur du conseil d'administration le pouvoir de déterminer librement la durée des fonctions du directeur général adjoint, ainsi que celui de le révoquer à tout moment, sur proposition du président-directeur général ; que, l'article 475 susvisé n'ayant prévu aucune distinction entre le contrat à durée déterminée et celui à durée indéterminée, la liberté de rupture s'exerce dans les deux types de contrat, à la seule condition qu'elle intervienne pour juste motif ; que seule la révocation du directeur général adjoint, sans juste motif, peut donner lieu à des dommages-intérêts. Après avoir construit ce principe, cette Cour déduit qu'il s'induit de ces principe que l'interruption du mandat social du DGA « avant terme, par le conseil d'administration en sa délibération du 09 décembre 2013, n'est pas fautive et que c'est donc, à bon droit, que la Cour d'appel a dit n'y avoir lieu au paiement des dommages-intérêts, en raison du fait que, le mandat de ce dirigeant qui cumulait les fonctions de directeur général adjoint de deux sociétés, a été révoqué, avec son accord, pour lui permettre de se consacrer pleinement à ses fonctions de directeur général adjoint de l'une de ces sociétés qu'il a d'ailleurs occupées jusqu'au 30 juin 2015, tout

[77] E. ABI, *La participation normative du juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, thèse précitée.

[78] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 76/2018 du 29 Mars 2018.

[79] CCJA, 2e Ch., Arrêt N° 92/2012 du 20 Décembre 2012

en percevant sa rémunération »[80].

16. La mésentente entre associés. Constamment évoquée comme motif de rupture du lien sociétaire ou de l'affectio societatis, la mésentente, pour constituer une cause de dissolution de la société, doit être de nature à empêcher le fonctionnement normal de la société. Très tôt, la CCJA avait considéré, sur le fondement de l'article 200, al.5, de l'AUSCGIE que la Cour d'appel de Kayes avait insuffisamment motivé sa décision en prononçant la dissolution de la société sans vérifier si la mésentente alléguée empêchait réellement le fonctionnement normal de la société et sans situer la responsabilité de B. BAH, qui était à l'origine des troubles[81]. Par la suite, elle a réaffirmé sa solution dans une espèce relative à la privatisation de l'huilerie de palme d'Agony, dans laquelle la société CODA-BENIN SA est créée en 1997 avec plusieurs actionnaires, dont Madame IBIKUNLE Karamatou. Estimant être l'unique véritable actionnaire, au motif qu'elle seule aurait effectivement libéré ses parts sociales, Madame IBIKUNLE conteste la qualité d'actionnaires des autres souscripteurs.

Elle sollicite alors l'annulation des procès-verbaux de constitution, la reconnaissance de sa propriété exclusive de la société, puis la dissolution de CODA-BENIN SA pour mésentente entre associés. Réunie en Assemblée plénière, la CCJA, saisie sur pourvoi, était appelée à statuer sur la régularité de la constitution de la société, la qualité d'actionnaire des souscripteurs non libérés et la demande de dissolution. Répondant à ces questions à elle posées, elle décide, avec netteté, que la qualité d'associé s'acquiert par la souscription des actions, indépendamment de leur libération immédiate ou intégrale. Elle ajoute que le défaut ou le retard de libération des actions ne remet pas en cause l'existence de la société ni la qualité d'actionnaire, l'Acte uniforme favorisant la régularisation des irrégularités plutôt que la sanction de nullité ou la dissolution. La Cour retient surtout que Madame IBIKUNLE ne peut être regardée comme associée unique, et qu'elle ne saurait, sur ce fondement, revendiquer la propriété exclusive de la société ni obtenir sa dissolution. Elle conclut, par conséquent, que la mésentente alléguée n'est pas établie comme empêchant le fonctionnement normal de la société, condition indispensable à la dissolution judiciaire[82].

Par ailleurs, dans une autre espèce[83], on peut lire que Madame Sitti DJAOUHARIA épouse CHIHABBIDINE, et Monsieur Ahmed KELDI, ayant constitué en 2004 la société commerciale MAKCOM, détenue à parts égales, les deux associés étant également cogérants, de graves mésententes sont apparues entre eux, portant sur la gestion de la société et ayant entraîné une paralysie de son fonctionnement, la fermeture temporaire des locaux ainsi que la désignation d'administrateurs provisoires. Madame Sitti DJAOUHARIA a alors sollicité la dissolution anticipée de la société pour mésentente entre associés. Saisie de cette affaire, la Cour d'appel de Moroni, par arrêt du 02 janvier 2013, a confirmé le rejet de la dissolution, en considérant, notamment, que l'associé à l'origine de la mésentente ne pouvait invoquer celle-ci pour obtenir la dissolution de la société. Faisant suite au pourvoi formé, la CCJA souligne la mauvaise application de l'article 200 de l'Acte uniforme par la cour d'appel, qui aurait ajouté des conditions non prévues par le texte, particulièrement l'exigence selon laquelle l'associé à l'origine de la mésentente ne pourrait demander la dissolution anticipée de la société, d'autant plus que la mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société constitue en elle-même un juste motif de dissolution, indépendamment de son origine ou de son imputabilité à l'un des associés. Autrement dit, la mésentente entre les associés de la société étant persistante, grave et paralysante, la CCJA casse l'arrêt de la Cour d'appel, et prononce la dissolution judiciaire de la société MAKCOM.

---

[80] CCJA, 3e Ch., Arrêt N° 228/2020 du 25 Juin 2020

[81] CCJA, arrêt n° 039/2008 du 17 juillet 2008 ohadata J-10-37, affaire BOUBACAR ALPHADIO BAH.

[82] CCJA, arrêt n°080/2014 du 23 avril 2014, affaire MADAME IBIKUNLE Karamatou.

[83] CCJA, arrêt du 29 décembre 2016, affaire Dame Sitti DJAOUHARA.

A contrario, l'actionnaire mécontente, qui invoque le « mode de gestion unilatérale » de sa co-actionnaire et la non-réponse à ses demandes d'explications, ne rapporte pas la preuve suffisante pour caractériser la mésentente susceptible d'entrainer la dissolution anticipée de la société, au sens de l'article 200-5°) de l'AUSCGIE[84]. La dissolution anticipée d'une société pour mésentente ne doit donc être banalisée[85].

17. Groupe de sociétés. La CCJA rappelle qu'il est constant qu'une filiale dispose d'une personnalité juridique propre qui est distincte de celle de la société mère ; ce qui la distingue de la succursale qui ne possède pas de personnalité juridique propre[86]. La Cour d'appel en fait une exacte application lorsqu'elle énonce que « la filiale (…) a une personnalité juridique autonome et distincte de celle de la société mère, de sorte qu'elle est une société à part entière et existe comme toutes autres sociétés possédant la pleine capacité juridique et les attributs qui en découlent ; que cette pleine capacité juridique qui découle de l'autonomie juridique dont elle jouit exclut l'extension à la filiale des situations qui affectent la société mère (…) ». Elle en déduit que « la société GARBOZD CONGO SA n'a jamais été dissoute (…), de sorte que les organes mis en place demeurent jusqu'à preuve du contraire les seuls à agir au nom et pour le compte de GARBOZD CONGO SA ».

Précédemment, dans une décision en date du 08 avril 2021[87], s'inscrivant dans la même logique, la CCJA approuve la cour d'appel n'a pas violé les dispositions combinées des articles 117, 425 et 472 de l'Acte de l'AUSCGIE, lorsqu'elle estime que le directeur général et le directeur général adjoint de la société anonyme représentent cette société à l'égard des tiers. Sur le fondement de ces dispositions, les juges du fond considèrent que « le directeur général adjoint de la société ORABANK Niger a agi dans les limites que lui imposent les articles ci-dessus, et le premier juge, qui a déclaré que l'intéressé n'a pas besoin d'un pouvoir spécial en ce sens, a fait une bonne et saine application de la loi ». Cette représentation concerne aussi bien la société que ses succursales qui n'ont pas de personnalité juridique[88]. Bien avant, en 2018, la CCJA a considéré **« …** qu'il est constant, comme résultant du dossier de la procédure, que la société AUFS-RDC est une personne morale distincte de la société AUT signataire avec la société GECOTRANS du contrat du 3 mars 2012 ; qu'elle ne constitue pas un établissement secondaire de la société AUT sans personnalité juridique propre ; qu'elle n'est donc pas une succursale au sens de l'article 117 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; que les éléments dont se prévaut la société GECOTRANS tendent, à l'évidence, à caractériser des sociétés de groupe … »[89]. Il s'en dégage que l'autonomie juridique de telles sociétés a pour effet l'absence d'unicité de patrimoine. Conséquemment, à l'égard des tiers, la société mère n'est pas en principe tenue d'exécuter les obligations contractées par sa filiale, et inversement.

18. Commissaire aux comptes. La CCJA, par un arrêt en date du 23 Mai 2019, a suivi les juges du fond de la cour d'appel de BAMAKO qui ont autorisé la révocation d'un commissaire aux comptes à la suite d'une demande introduite en instance par une société d'épargne[90]. Il n'y a donc pas eu violation des articles 710, 712, et 731 de l'AUSCGIE en ce que les rapports remettent en cause la compétence du commissaire

---

[84] CCJA, arrêt n° 003/2021 du 28 janvier 2021, affaire Dame BOUKA née Olga DERIABINA, Société Congo Automobile S.A c/Dame MANOUACH née Anouk GLOAGUEN.

[85] K. E. AVEGNON, « L'éviction de la banalisation de la dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Legiafrica, Revue ATDA, Recueil LGA, N° 10, Mai 2024*.

[86] CCJA, 2e Ch., Arrêt N° 63/2024 du 29 Février 2024.

[87] CCJA, 2e Ch., Arrêt n° 44/2021 du 08 Avril 2021.

[88] K. E. Avegnon, « La représentation en justice d'une succursale par le directeur général », *LEGIAFRICA, Revue ATDA, Recueil LGA, N° 12, Septembre 2024*.

[89] CCJA, 1re Ch., Arrêt n° 239/2018 du 29 Novembre 2018.

[90] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 175/2019 du 23 Mai 2019.

aux comptes en raison des fautes commises au sens de l'article 731 de l'AUSCGIE. Ultérieurement en 2021[91], la CCJA, avant de juger que le commissaire aux comptes n'a commis aucune faute dans sa mission, a rappelé qu'il ressort de la lecture combinée des dispositions des articles 710 et suivants de l'AUSCGIE que le commissaire aux comptes a pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. Celui-ci a également en charge de dresser un rapport dans lequel il porte à la connaissance du conseil d'administration ou de l'administrateur général, entre autres, les contrôles et vérifications, les irrégularités et les inexactitudes qu'il aurait découvertes. Récemment, la haute cour énonce que le commissaire aux comptes est un professionnel qui engage sa responsabilité conformément aux dispositions de l'article 725 de l'AUSCGIE s'il manque à ses obligations[92]. Il en est ainsi s'il ne décèle pas les détournements perpétrés par le PDG, le DG et le Directeur comptable au sein d'une société. Le préjudice ainsi causé à l'actionnaire majoritaire doit être sanctionné par le paiement des dommages et intérêts. Le commissaire aux comptes ne peut ainsi s'exonérer en se fondant sur l'article 726 de l'AUSCGIE et en prétendant ne pas avoir eu connaissance de ce fait alors qu'il est un professionnel tout comme l'expert judiciaire qui avait été désigné et qui a décelé ces agissements.

19. Transformation de la société, mise en harmonie des statuts. Dans son avis consultatif référencé n° 002/2015 du 23 juin 2015, le juge de la CCJA a fixé l'opinion sur les opérations de transformation de la société, la mise en harmonie des statuts en période transitoire. Selon l'avis de la CCJA, la transformation de la société, au sens de l'article 181 de l'AUSCGIE, est l'opération par laquelle les associés, ayant opté initialement pour une forme sociale donnée, dans les limites des prévisions légales, décident d'abandonner cette forme au profit d'une forme nouvelle mieux adaptée à leurs besoins, choisie impérativement parmi les formes sociétales autorisées dans l'espace OHADA dont la liste exhaustive est dressée à l'article 6, alinéa 2 de l'Acte uniforme précité. Les opérations de fusion, de scission, de modification de l'objet social ou du capital social ne sont pas des opérations de transformation au sens de l'article 181 ci-dessus. Le même avis consultatif clarifie la notion de mise en harmonie des statuts. Selon le juge, « la mise en harmonie des statuts est une opération qui consiste à rendre conformes les dispositions statutaires d'une société préexistante à celles impératives de l'AUSCGIE, soit par l'élaboration de nouveaux statuts, soit par la modification des statuts existants ou par le remplacement de certaines clauses de ces statuts. L'opération de mise en harmonie des statuts ne rend pas obligatoire la modification de la forme juridique de la société, mais peut parfois l'entraîner ou la nécessiter. La modification de la forme juridique de la société ne se limite pas seulement au changement d'acronyme de cette société, mais s'accompagne éventuellement d'une mise en harmonie des statuts pour les rendre conformes aux dispositions impératives de l'Acte uniforme. Un changement d'acronyme non suivi d'une mise en harmonie des statuts aura pour conséquence que les clauses statutaires contraires aux dispositions impératives de l'Acte uniforme révisé seront réputées non écrites ». À la lumière de cette précision, on conviendra avec un auteur qui affirmait que « les avis consultatifs servent d'occasions à la CCJA pour clarifier les concepts afin de fixer leurs régimes juridiques avant sa saisine par voie contentieuse. Les droits primaire et dérivé contiennent des concepts flous et leur éclairage en amont du contentieux factuel se révèle nécessaire pour fixer le flux interprétatif des juridictions du fond »[93].

20. Société mère - filiale. Interprétant l'article 179 de l'AUSCGIE, la CCJA a tranché

[91] CCJA, 2e Ch, Arrêt N° 145/2021 du 24 Juin 2021.

[92] CCJA, 1re Ch., Arrêt N° 31/2024 du 01 Février 2024.

[93] E. ABI, *La participation normative du juge de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, thèse précitée.

qu'il résulte des dispositions de cet article que la seule condition pour qu'une société soit considérée comme la filiale d'une autre est la détention par cette dernière société de plus de la moitié de son capital social. La fixation du pourcentage de détention des parts sociales à plus de 50% du capital de la filiale par le législateur ne s'entend de la détermination d'un plafond sur la prise de participation de la société mère dans le capital de la société filiale, de sorte que rien n'interdit à une société mère de détenir 100% des parts sociales de sa filiale. La cour d'appel de Lomé, en considérant que la société OLAM TOGO Sari est une succursale de la société OLAM INTERNATIONAL Ltd au motif qu'elle détient 100% de son capital social, a fait une mauvaise interprétation ou fausse application de l'article 179 susvisé[94].

21. Opération de gestion. La CCJA a expressément clarifié le concept d'opération de gestion dans une affaire dans laquelle elle a tranché que « (…) l'expertise de gestion ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion faites par le dirigeant de la société »[95]. Par conséquent, l'opération de gestion est, « selon cette conception bien ancrée dans la jurisprudence »[96], une opération qui relève de la compétence des organes de gestion. Le transfert douteux des fonds de la société est une parfaite illustration[97]. Selon certains auteurs, dans une approche a contrario de cette solution retenue par la CCJA, si l'opération critiquée et soupçonnée « n'est pas réalisée par le dirigeant social, elle ne pourra pas faire l'objet d'une expertise de gestion.

En substance, l'acte de gestion se définit non pas comme toute opération décidée et accomplie au nom de la société, mais comme celui réalisé par un organe d'administration ou de direction »[98]. Dans un autre arrêt, la CCJA a décidé qu'il « est de principe que l'expertise de gestion peut concerner tout aspect de la gestion de quelque organe d'où émane l'opération, en dehors des opérations de la compétence de l'Assemblée générale et de celles résultant de ses décisions ; qu'en l'occurrence les décisions ayant été soumises à l'Assemblée pour simple approbation sont tout à fait susceptibles d'une expertise de gestion à la demande de l'associé minoritaire (…), qui n'a été informée desdites opérations qu'à l'occasion de cette même Assemblée »[99]. C'est une approche pragmatique de la situation qui aurait conduit le juge à adopter cette position, assouplissant par voie de conséquence la qualification, commentaient certains auteurs[100].

En définitive, la CCJA tisse inlassablement la toile de sa jurisprudence à travers les avis et décisions qui portent sur des notions fondamentales du droit des sociétés. Les tendances ainsi analysées autorisent à soutenir que l'objectif visé ne consiste pas seulement à stabiliser le système juridique, mais qu'il s'agit aussi d'une véritable contribution à l'œuvre créatrice et progressive du droit des affaires dans son espace de compétence.

---

[94] CCJA, 3e Ch., Arrêt n° 103/2016 du 02 Juin 2016.

[95] CCJA, arrêt n° 056/2013 du 13 juin 2013, : *Sté tds Afrique, stpn-Afrique, clam-Afrique, tdg-afrique c/ Madame Marie Christine saly épouse massoulier.*

[96] K. ALEMAWO et E. ABI, « Saisir l'opération de gestion en droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, n° 58, Septembre 2022.

[97] CCJA, arrêt n° 056/2013 du 13 juin 2013, : *Sté tds Afrique, stpn-Afrique, clam-Afrique, tdg-afrique c/ Madame Marie Christine saly épouse massoulier*, *préc.*

[98] K. ALEMAWO et E. ABI, « Saisir l'opération de gestion en droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *préc.*

[99] CCJA, arrêt n° 042/2013 du 16 mai 2013, *préc.*

[100] K. ALEMAWO et E. ABI, « Saisir l'opération de gestion en droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, n° 58, Septembre 2022.

LA TR ÈS PETITE ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA

Christiane Nicole BEKADA EBENE
Maître de conférences agrégée à l'Université de Douala

Résumé : À l'origine économique, l'entreprise se veut de plus en plus juridique, tant elle constitue un objet et un cadre d'expression du droit et notamment du droit des affaires. L'encadrement juridique de l'entreprise participe donc de la volonté de formalisation de cette dernière. L'entreprise s'exprime dès lors sous plusieurs formes juridiques. En fonction du mode de sa constitution, on parle d'entreprise sociétaire ou d'entreprise individuelle. Selon sa taille économique, on parle de grande entreprise, de moyenne entreprise, de petite entreprise, voire de très petite entreprise. La très petite entreprise, qui littéralement est une micro-entreprise de taille économique minime, semble entretenir une ambiguïté que l'on trouve non seulement dans le droit de l'OHADA, mais aussi dans certains droits nationaux de l'espace OHADA. En effet, la réflexion s'intéresse à l'appréhension exacte de la notion de la très petite entreprise. Elle questionne ainsi le rapport de l'encadrement juridique à l'efficacité économique de ladite entreprise. Ce questionnement permet de diagnostiquer une pluralité pathologique de la très petite entreprise qui nécessite cependant le recours à une unité bénéfique de cette dernière.

Introduction : « Soyez vous-mêmes, les autres sont déjà pris »[1]. Cette célèbre citation d'Oscar WILDE, qui interpelle si énergiquement la conscience individuelle dans le rapport permanent à l'altérité, semble dépasser le strict cadre des relations interpersonnelles pour refléter une vérité évidente dans les domaines plus savants et intellectuels, et particulièrement pour ce qui concerne les sciences sociales, notamment le droit et l'économie. La très petite entreprise, puisqu'il s'agit d'elle, parait aujourd'hui ne pas trouver une identité propre dans la grande diversité des types et des formes d'entreprise.

L'entreprise est une notion essentiellement économique, qui s'est vue exporter dans d'autres domaines de la science comme le Droit. Le dictionnaire de science économique la définit comme « une unité économique dotée d'une autonomie juridique qui combine des facteurs de production (capital et travail) pour produire des biens économiques et des services destinés à être vendus sur un marché »[2]. En droit, l'entreprise a reçu une appréhension plurielle en fonction des disciplines juridiques[3]. Mais de façon globale, elle est perçue comme « une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie »[4]. Ces appréhensions économique et juridique de l'entreprise s'accordent sur la réunion des critères juridico économiques dans la conception de l'entreprise.

La diversité des critères de définition de l'entreprise implique ainsi une classification variée de cette dernière. Pour autant, elle n'en demeure pas moins exclusive, tant elle semble ne mettre en avant que l'entreprise structurée ou formelle, c'est-à-dire celle qui

[1] O. WILDE, hhttps://citations ; ouest-France.fr.
[2] BEINTONE et al, *Dictionnaire de science économique*, 2026, p. 258.
[3] Conf. S. GUINCHARD, Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 19ème éd., Dalloz, 2012, pp. 367 et 368. L'entreprise est définie en fonction des domaines d'activité qui l'accueillent. On aura ainsi l'entreprise agricole, l'entreprise d'investissement, l'entreprise de marché, l'entreprise de recherche et d'activités pétrolières etc…
[4] S. GUINCHARD, Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit*., p. 367.

est conforme avec les exigences de légitimité et de formalité requises, au mépris de l'entreprise qui évolue dans un cadre moins structuré, qu'on qualifie généralement d'entreprise informelle[5]. Pourtant, cette catégorie, bien qu'elle reçoive majoritairement une connotation péjorative[6], représente une part assez conséquente de l'économie mondiale[7] et compose majoritairement l'économie africaine[8]. Selon l'OCDE[9] : « Le secteur informel peut se caractériser d'une façon générale comme étant constitué d'unités de production qui opèrent typiquement à petite échelle, avec un faible niveau d'organisation, avec peu ou pas de division entre le travail et le capital en tant que facteurs de production et avec l'objectif premier de créer des emplois et d'engendrer les revenus pour les personnes concernées. (…) Ce secteur regroupe un ensemble d'entreprises non constituées en sociétés appartenant à des ménages qui produisent au moins quelques produits pour le marché, qui ont soit un nombre moins spécifié de salariés, soit qui ne sont pas enregistrées selon les formes spécifiques de la législation nationale »[10]. Il faut dire que même si la doctrine ne s'accorde pas sur une définition de l'entreprise informelle[11], elle la classe en deux catégories : « les gros informels » et « les petits informels »[12].

Les premiers sont des entreprises informelles politiquement bien connectées et les seconds, moins politiquement connectés, mais occupant l'écrasante majorité de l'économie informelle. S'agissant des entreprises structurées, elles sont classifiées selon plusieurs critères. D'abord, on les classe selon leur forme. Ici, l'on enregistre les entreprises individuelles[13], et les entreprises sociétaires[14]. On les classe aussi selon le secteur ou le domaine d'activité. Dans cette catégorie, l'on compte : les entreprises du secteur primaire, notamment celles qui exercent dans les activités d'extraction des matières premières[15] ; les entreprises du secteur secondaire, celles qui s'investissent dans la production et la transformation des biens[16] ; et les entreprises du secteur tertiaire, celles qui font dans les services[17]. L'entreprise est également catégorisée en fonction du statut de propriété. À ce niveau, on distingue l'entreprise publique[18] de

[5] I. ADO, « Qu'est l'entreprise informelle ? », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021, pp. 11 et s ; du même auteur, « Étude transversale sur l'innovation et l'entrepreneuriat informel : l'explication de l'expansion des entreprises informelles du point de la justice sociale », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021, p. 32 et s ; G.C. LOUSSAKOU, « l'économie informelle dans l'espace OHADA », », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-22021/n° hors-série, p. 32 et s.

[6] L'entreprise informelle est généralement qualifiée de d'entreprise souterraine, d'entreprise criminelle, ou de marché noir. C.I. ADO, « Qu'est l'entreprise informelle ? », *op.cit.* p. 12.

[7] L'Organisation Internationale du Travail (OIT) indique que plus de 60 % de la population active mondiale travaille dans l'informel, tandis que la Banque Mondiale a estimé l'économie informelle à environ un tiers du PIB des pays émergents en 2021. Cette part est particulièrement élevée dans les pays en développement, allant de 35 % à plus de 90 % de l'emploi total dans certaines régions. Conf. https://fr.wikipedia.org » wiki » économie informelle, consulté le 22/08/2025 à 13 h 15.

[8] La part de l'économie informelle est très importante en Afrique, représentant près de 83 % de l'emploi total du continent et une contribution significative au PIB, qui peut varier entre 25 % et 65 % dans les économies d'Afrique subsaharienne. Cette économie joue un rôle crucial dans la réduction de la pauvreté et la création d'emplois, en particulier pour les jeunes, mais elle est confrontée à des défis de protection sociale et d'accès au financement, selon des études du PNUD, OIT et Union Africaine. Conf. https://www.imf.org » AFR » May » pdf » french, consulté le 22/08/2025 à 13 h 25.

[9] Organisation de coopération et de développement économiques. C'est une organisation internationale qui rassemble des gouvernements dans un cadre de collaboration pour développer et mettre en œuvre des politiques économiques, sociales, environnementales et de développement. Elle sert de forum d'analyse, d'échange de bonnes pratiques et d'élaboration de normes internationales visant à améliorer la vie des citoyens à travers le monde.

[10] Définition donnée par l'OCDE, *Rapport sur les économies informelles*, 1993, p. 50.

[11] C.I. ADO, « Qu'est l'entreprise informelle ? », *op.cit.* p. 14.

[12] Ibid., p. 12.

[13] Ce sont généralement des entreprises dont les promoteurs sont des personnes physiques. Ici, il y a le plus souvent confusion entre l'entreprise et son promoteur. Lorsque l'entreprise individuelle exerce l'activité commerciale, on parle de commerçant personne physique. De plus cette forme d'entreprise ne peut concerner que certains acteurs, particulièrement l'entreprenant conformément à l'article 30 de l'acte uniforme relatif au droit commercial.

[14] Les entreprises sociétés sont des personnes morales qui sont constituées soit en sociétés civiles professionnelles, en sociétés commerciales, soit en sociétés coopératives, soit en groupement d'intérêt économique.

[15] Ce sont généralement des activités de pêche, d'agriculture, de mines.

[16] Ce sont des activités industrielles.

[17] Ce sont les activités de commerce, de banque, de communication, les assurances, etc…

[18] L'entreprise publique est celle qui dispose d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État exerçant une activité industrielle ou commerciale et dont le capital est détenu majoritairement par une personne publique, qui en possède un pouvoir de contrôle.

l'entreprise privée[19]. La taille économique de l'entreprise est aussi un critère significatif de classification des entreprises. Aussi est-il établi une différence entre la grande entreprise, la moyenne entreprise, la petite entreprise et la très petite entreprise.

La très petite entreprise est une expression qui n'a fait son apparition dans l'espace juridique OHADA que récemment[20]. Il faut rappeler que l'espace OHADA est compris, comme l'ensemble des États membres de l'OHADA. Il correspond donc à un espace géographique. Cependant, dans le cadre de cette réflexion, il s'entend comme l'espace juridique, c'est-à-dire, l'ensemble des règles juridiques issues du traité et des actes uniformes OHADA, des droits communautaires et des droits nationaux des États parties, membres de l'OHADA. L'article 2 du traité OHADA fait ainsi entrer dans le domaine du droit des affaires, objet du droit OHADA, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés, aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation des biens, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et à toutes autres matières que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément aux dispositions du traité, comme ça a été récemment le cas avec l'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation, le 23 novembre 2017. Au regard du domaine du droit de l'OHADA, l'encadrement de l'entreprise parait simplement comme l'une des préoccupations majeures de ce droit[21].

Toutefois, le législateur OHADA ignore globalement la très petite entreprise. En effet, l'article 13 de l'acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises du 24 mars 2000 évoque furtivement la très petite entreprise. Cependant, ce texte ne la définit pas et ne lui donne pas un contenu précis. Il se borne à indiquer les seuils de sa capacité financière[22]. De plus, bien qu'il ait entrepris de réglementer l'entreprenant[23], cette innovation vise à prendre en compte des réalités socioéconomiques des États africains, dont la plupart des entreprises sont des microentreprises exerçant généralement dans la précarité et l'informalité. Il n'indique pas que l'entreprenant est une très petite entreprise, et ne fait aucun rapprochement entre les deux. Bien plus, il a prévu une procédure de règlement préventif simplifié organisé par les articles 24 à 24-5 de l'Acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif du 25 septembre 2015, qui ne visent que les petites entreprises, c'est-à-dire « toute entreprise individuelle, société, ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20) et dont le chiffre d'affaires n'excède pas cinquante (50) millions au cours des 12 derniers mois précédant la saisine de la juridiction compétente (…) »[24]. La très petite entreprise présente dès lors très peu d'intérêt pour le droit de l'OHADA[25]. Bien plus, les droits communautaires, notamment le droit de l'UEMOA, s'investissent

[19] Une entreprise privée est celle dont le capital, le pouvoir de contrôle et de gestion sont détenus par un particulier.

[20] En réalité, l'expression très petite entreprise apparait pour la première fois dans l'espace OHADA dans l'acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises du 24 Mars 2000, elle sera reprise dans la loi n°2010/001 du 13 Avril 2010 portant promotion des petites et moyennes entreprises au Cameroun.

[21] Il faut dire que le droit OHADA est un droit des activités économiques et à ce titre, l'entreprise est au cœur de ce droit. Par ailleurs, quatre actes uniformes ont spécifiquement mis l'accent sur l'entreprise. Il s'agit de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, qui encadre l'entreprise individuelle, de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, qui traite de l'entreprise sociétaire commerciale, de l'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives, qui traite des sociétés coopératives et de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif, qui traite de l'entreprise en difficultés.

[22] Aux termes de cette disposition, le législateur prévoit que : « Les très petites entreprises dont les recettes annuelles ne sont pas supérieures aux seuils fixés à l'alinéa 2 du présent article sont assujetties, (…), au « système minimal de trésorerie », de caractère dérogatoire aux dispositions générales du présent acte uniforme. Ces seuils sont : trente (30) millions de F CFA pour les entreprises de négoce, vingt (20) millions de F CFA pour les entreprises artisanales et assimilées, dix (10) millions de F CFA pour les entreprises de services.

[23] Lire les articles 30 à 33 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général du 15 mai 2011.

[24] Article 1-3 al. 10 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif.

[25] L'expression droit de l'OHADA est généralement attribuée à l'ensemble des normes produites dans le traité et les actes uniformes OHADA.

significativement dans la promotion des entreprises et particulièrement les petites et moyennes entreprises. L'on peut ainsi mentionner la directive UEMOA de 2015 portant charte communautaire des petites et moyennes entreprises. Le droit communautaire de la CEMAC, cependant, ne s'est pas intéressé à une catégorie d'entreprises, il a fait le choix d'une macro-législation en légiférant sur les investissements de manière globale à travers le Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 décembre 1999, portant charte des investissements.

Par ailleurs, les différents droits des États parties ont abondamment légiféré pour la promotion des entreprises et particulièrement des petites et moyennes entreprises. L'on a par exemple : la loi N°2010/001 du 13 avril 2010 portant promotion des petites et moyennes entreprises modifiée et complétée dans certaines de ses dispositions par la loi N°2015/010 du 16 juillet 2015 portant promotion des petites et moyennes entreprises au Cameroun ; le Décret du 25 aout 2005 portant charte nationale des Petites et moyennes entreprises au Bénin ; la charte des petites et moyennes entreprises ou petites et moyennes industries du 04 novembre 2010 du Togo ; la loi ivoirienne 2014-140 du 24 mars 2014 portant promotion des petites et moyennes entreprises, la loi 2015-2017/AN du 27 avril 2017 portant orientation de la promotion des petites et moyennes entreprises du Burkina Faso ; la loi n°20-0011 du 16 mai 2020 portant code des petites et moyennes entreprises/Petites et moyennes industries de la République centrafricaine ; la loi d'orientation N°2020-02 du 07janvier 2020 relative aux petites et Moyennes entreprises du Sénégal ; la loi n°16/2005 portant promotion des petites et moyennes entreprises/Petites et moyennes industries du Gabon, pour ne citer que ces textes-là. Dans toutes ces législations, force est de constater que la notion de très petite entreprise reste majoritairement méconnue. En effet, il n'existe pas encore une loi spécifique à la très petite entreprise dans l'espace OHADA. De plus, les textes prévus pour l'encadrement des petites et moyennes entreprises ignorent presque tous la très petite entreprise non seulement dans leur intitulé, mais aussi dans leur objet. D'autres, notamment la charte de l'UEMOA, assimile la très petite entreprise à la petite et moyenne entreprise[26]. D'autres encore, comme la loi d'orientation du Sénégal, bien qu'elle esquisse une définition de la très petite entreprise, l'assimile par la suite à la petite et à la moyenne entreprise[27], qui, faut-il le préciser, reçoivent également des définitions propres dans le même texte[28]. Ce qui crée une confusion, voire une incohérence de nature à rendre difficile l'appréhension de la très petite entreprise.

La loi camerounaise de 2010 est la seule, jusqu'ici, qui tente de proposer une définition sectorielle de la très petite entreprise. L'article 4 de cette loi dispose que : « La très petite entreprise, en abrégé TPE, est une entreprise qui emploie au plus cinq (05) personnes et dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes n'excède pas Quinze (15) Millions de Francs CFA ». Cette définition de la très petite entreprise propose deux critères, essentiellement économiques, que sont : le montant du chiffre d'affaires et le nombre de salariés. Elle parait d'ailleurs moins ambitieuse que celle que propose l'article 3 al.4 de la loi d'orientation de 2020 du Sénégal. Cette dernière définit la très petite entreprise comme : « Toute personne, hors entreprenant, physique ou morale, exerçant une activité professionnelle, civile, commerciale, artisanale, agricole,

[26] Conf. Article 2 de la charte communautaire de l'UEMOA : « Les PME englobent trois entités : les microentreprises, les petites entreprises et les moyennes entreprises ».

[27] L'article 3 al. 5 de la loi d'orientation sur la promotion des PME au Sénégal dispose que « la PME doit être légalement déclarée et tenir une comptabilité régulière, qui s'effectue en particulier pour la très petite entreprise (TPE), la petite entreprise (PE) et la moyenne entreprise (ME), selon le système normal de présentation des états financiers et de tenue des comptes. La PME comprend l'Entreprenant, la Très Petite Entreprise (TPE), la Petite Entreprise (PE) et la Moyenne Entreprise (ME) », alors que l'alinéa 7 du même article donne une définition de la très petite entreprise totalement différente de celle qu'elle donne pour la petite et moyenne entreprise qu'elle traite d'ailleurs comme des synonymes.

[28] D'après l'article 3 al. 7 de la loi d'orientation de 2020 pour la promotion des PME, la « Très Petite Entreprise (TPE) : toute personne, hors entreprenant, physique ou morale, exerçant une activité professionnelle, civile, commerciale, artisanale, agricole, industrielle ou de prestataire de services, dont le chiffre d'affaires annuel déclaré hors taxes est inférieur ou égal à 100.000.000 FCFA ».

industrielle ou de prestation de services dont le chiffre d'affaires annuel déclaré hors taxes est inférieur ou égal à 100.000.000 ». Le législateur sénégalais énumère ainsi plusieurs critères en faveur de la définition de la très petite entreprise. On y relève non seulement le critère économique, notamment le montant du chiffre d'affaires, mais également des critères juridiques, que sont : le domaine d'activité et la forme d'entreprise, qui peut être individuelle ou sociétaire. Le législateur précise en outre qu'une très petite entreprise n'est pas à confondre avec l'entreprenant, qui, selon l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ne peut être qu'une personne physique[29].

De ce qui précède, force est de constater qu'il est difficile de donner une identité propre à la très petite entreprise, qui se voit tantôt être assimilée à la petite et à la moyenne entreprise, tantôt définie par divers critères. Ceux-ci, non seulement sont différents d'une législation à une autre, mais aussi semblent travestir aussi bien la nature, l'objet et la finalité économique de cette dernière. Les différentes appréhensions de la très petite entreprise la présentent comme une entreprise individuelle, sociétaire, du secteur primaire, secondaire, tertiaire et de taille économique considérable. Ce qui peut paraitre, certes, pragmatique, mais peu réaliste, car une très petite entreprise, à notre sens, demeure une microentreprise, comme la désigne d'ailleurs le droit prospectif malien[30]. Dès lors, l'on est tout naturellement en droit de se demander si cet encadrement diversifié et ambitieux de la très petite entreprise n'est pas de nature à hypothéquer sa finalité économique. En d'autres termes, l'encadrement de la très petite entreprise dans l'espace OHADA permet-il la réalisation de son efficacité économique ?

Ce questionnement est intéressant en ce qu'il vient renouveler la question de la définition de l'entreprise en droit. Elle permet d'ailleurs de poser les jalons d'une définition propre à la très petite entreprise, qui semble ne pas seulement avoir une connotation économique et juridique, mais aussi une forte dimension sociale. Une appréhension plus exacte de la très petite entreprise permettrait aussi de lui assigner une finalité économique, qui compose avec les réalités du contexte socio-économique. Cette étude convoquera les méthodes d'analyse substantielle de droit économique et d'analyse formelle pour parvenir à des résultats plus concrets dans l'ambition de contribuer à l'élaboration d'une définition propre à la très petite entreprise.

À la réflexion, l'encadrement de la très petite entreprise dans l'espace OHADA ne lui permet pas de réaliser son efficacité économique, car il lui confère une réalité plurielle et pathologique (I), qui commande une unité bénéfique de cette dernière (II).

I. La pluralité pathologique de la très petite entreprise dans l'espace OHADA

Des définitions proposées par les différents législateurs africains, il se dégage une certaine pluralité dans l'appréhension de la très petite entreprise. Cette pluralité est non seulement diversifiée (A), mais elle la dénature aussi (B).

A. Une pluralité diversifiée de la très petite entreprise

La très petite entreprise connait certes une appréhension plurielle dans l'espace

[29] Aux termes de l'article 30 al. 1er de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, « l'entreprenant est un entrepreneur individuel, personne physique, qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité civile professionnelle, commerciale, artisanale ou agricole ». Sur l'entreprenant, lire : M.E. NDOUMOU, « La reconnaissance du statut de l'entreprenant par le droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021, pp. 164 et s ; I. CISSE, « Réflexion sur le secteur informel à partir du statut de l'entreprenant et du code des investissements », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021, pp. 119 et s.

[30] A ce jour, le Mali a entrepris un projet de loi de 2019 sur les micro, petites et moyennes entreprises. Sur ce point, lire : K.I. AGBAM, « Quel encadrement juridique pour les PME du secteur informel de l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, p. 491.

juridique OHADA, mais il reste que la plupart des législateurs, y compris le législateur OHADA, la méconnaissent grandement. Pour autant, les législateurs, qui ont entrepris de définir la très petite entreprise, ont non seulement omis un encadrement propre à cette dernière, mais ses différentes définitions conduisent à une appréhension plurielle de cette dernière. Cette pluralité est diversifiée en ce qu'elle touche aussi bien à sa forme (1) qu'à son régime (2).

1. La diversité de forme de la très petite entreprise

S'agissant de sa forme, il faut dire que la très petite entreprise apparait tantôt comme une entreprise individuelle, tantôt comme une société. En effet, en examinant les critères de définition de la très petite entreprise selon l'article 4 de la loi camerounaise de 2010 sur la promotion des petites et moyennes entreprises, on voit bien que la très petite entreprise est celle qui emploie aux plus cinq personnes et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 15 millions de francs CFA. Cette définition reste imprécise sur la forme d'entreprise. Elle emporte cependant une interprétation extensive, en ce que toute personne physique ou morale, qui exerce une activité économique remplissant les conditions du nombre d'employés et du montant du chiffre d'affaires correspondant à celles décrites par l'article 4 précitée, doit être considérée comme une très petite entreprise au sens de la loi camerounaise. Même si la forme individuelle ou sociétaire de la très petite entreprise ne ressort pas expressément du texte camerounais, elle transparait néanmoins dans ses dispositions. Pourtant, dans la réglementation de l'entreprenant par le législateur OHADA, il ressort qu'en limitant la qualité d'entreprenant aux seules personnes physiques, le législateur a voulu mettre l'accent sur le fait que le caractère congru de l'activité de l'entreprenant ne pouvait logiquement pas concerner les personnes morales, donc la forme sociétaire de l'entreprise est destinée à accueillir généralement les activités plus importantes. Cette perception du caractère micro de la très petite entreprise aurait pu conduire l'esprit du législateur de 2010 dans l'œuvre de définition de la très petite entreprise[31].

Le législateur sénégalais est tout aussi loin de cette perception. En effet, ce dernier, en définissant la très petite entreprise, précise non seulement que celle-ci est toute entreprise, qui n'est pas entreprenant, mais qui peut être personne physique ou personne morale. Aussi peut-on lire à l'article 3 al.4 de la loi d'orientation de 2020 du Sénégal que la très petite entreprise est « toute personne, hors entreprenant, physique ou morale, exerçant une activité professionnelle, civile, commerciale, artisanale, agricole, industrielle ou de prestation de services dont le chiffre d'affaires annuel déclaré hors taxes est inférieur ou égal à 100.000.000 ». Dans cette définition, le législateur sénégalais a fait le choix d'être explicite sur la forme d'une très petite entreprise. Celle-ci peut être une entreprise individuelle, lorsqu'elle est portée par une personne physique. Elle peut aussi être une société, lorsqu'elle est portée par une personne morale. Le législateur va plus loin dans sa volonté de clarification. Il précise, dans la définition, les domaines d'activité d'une très petite entreprise. Ainsi, celle-ci peut être professionnelle, civile, commerçante, agricole, artisanale, industrielle ou de prestation de service. Au regard de cette précision et de la classification des entreprises en fonction de leur secteur d'activité, il y a lieu de constater qu'une très petite entreprise peut s'exercer tant dans les secteurs primaire et secondaire que dans le secteur tertiaire. Une telle ambition pour la très petite entreprise n'est-t-elle pas excessive, quand on sait que pour la majorité des situations, les très petites entreprises sont des micro-entreprises, qui exercent le plus souvent dans les activités les plus rudimentaires ? S'il est vrai que le secteur tertiaire englobe le commerce, la communication, la banque, les assurances, et que les très petites entreprises font généralement dans le petit commerce, et les petits services, peut-on vraiment envisager une petite entreprise exerçant dans

[31] Le législateur camerounais a modifié certaines dispositions de la loi de 2010 à travers la loi n°2015/010 du 16/07/2015. Mais il n'a pas jugé nécessaire de toucher la disposition définissant la très petite entreprise. Il réitère cette définition pourtant, il aurait pu saisir là une belle occasion pour modifier cette définition.

les activités de banque par exemple ? À notre sens, cette hypothèse semble sinon impossible, du moins difficile.

De ce qui précède, il apparait que les deux définitions de la très petite entreprise proposées par les législateurs camerounais et sénégalais, et même celles des législateurs, qui assimilent la très petite entreprise à la petite et à la moyenne entreprise, donnent une forme plurielle à la très petite entreprise. Cette pluralité est d'autant plus diversifiée qu'elle se prolonge dans le régime de cette dernière.

2. La diversité de régime de la très petite entreprise

Concernant le régime de la très petite entreprise, il faut dire que si cette dernière peut être aussi bien individuelle que sociétaire, la conséquence qui en résulte est qu'il peut lui être appliqué tant le régime des entreprises individuelles que celui des entreprises sociétaires. En effet, les entreprises individuelles sont toutes soumises au régime juridique du commerçant personne physique ou de l'entreprenant, au sens de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, exceptées celles qui opèrent dans les activités ne relevant pas des domaines visés par les statuts du commerçant et de l'entreprenant[32]. Aux termes de l'article 2 de l'acte uniforme susvisé : « Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». Cette définition du commerçant met en lumière deux conditions d'acquisition de la qualité de commerçant. Il faut non seulement accomplir les actes de commerce par nature[33], mais également le faire à titre de profession. La profession, ici, suppose non seulement la régularité, la permanence, l'habitude, mais également la conformité aux exigences formelles d'acquisition de cette qualité. Dans l'ensemble des droits de l'espace OHADA, ces exigences sont celles prévues par l'acte uniforme relatif au droit commercial général, notamment l'inscription au registre de commerce et du crédit mobilier telle qu'elle ressort des dispositions de l'article 44 dudit texte[34]. Ce texte institue une obligation d'immatriculation à l'endroit de toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi et pas seulement des personnes commerçantes. Ce qui marque la rupture avec les conceptions antérieures, qui prescrivaient l'obligation d'immatriculation exclusivement aux personnes commerçantes. Il ne serait donc pas surprenant qu'un État partie impose cette obligation aux professions libérales[35], aux agriculteurs ou même aux artisans. Cette obligation consiste pour les personnes concernées à fournir des renseignements relatifs à leur personne et leur activité. La fourniture de ces renseignements est facilitée par la mise à disposition d'un formulaire[36]. Elle suppose également un enregistrement dans le registre susmentionné, enregistrement qui, dans la plupart des cas, implique le versement d'un droit fiscal, excepté pour l'entreprenant, qui ne fait qu'une simple déclaration.[37] L'inscription au registre de commerce et du crédit mobilier fait ainsi naitre une présomption de la qualité de commerçant au profit de toute personne physique qui s'y est conformée[38]. Elle n'est d'ailleurs pas l'apanage des personnes physiques. Le législateur en fait d'ailleurs une condition sine qua non pour les personnes morales, c'est-à-dire les

[32] Selon l'article 30 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, l'entreprenant peut exercer dans le commerce, l'agriculture, l'artisanat, et des professions civiles.

[33] Aux termes de l'article 3 de l'acte uniforme précité, « l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire (…) ».

[34] Ce texte dispose que : « Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'État partie dans le ressort duquel son activité se déroule, son immatriculation au registre de commerce et de crédit mobilier ».

[35] Une profession libérale désigne une activité professionnelle exercée *sur la base de qualifications appropriées*, de façon indépendante sous sa propre responsabilité. Elle consiste en la réalisation des prestations intellectuelles, techniques ou de soins dans l'intérêt du client ou du patient.

[36] Article 44 al. 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

[37] Conf. Article 30 de l'acte uniforme précité

[38] Aux termes de l'article 59 de l'acte uniforme précité : « Toute personne immatriculée au registre de commerce et de crédit mobilier est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant (…) ».

entreprises sociétaires, puisque l'accomplissement de cette dernière confère à la personne morale la personnalité juridique[39], c'est-à-dire son accession à l'existence juridique. Il faut rappeler qu'au sens du droit OHADA, une entreprise sociétaire peut être constituée dans l'une des formes prévues par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, ou celui relatif au droit des sociétés coopératives[40]. Aussi peut-on avoir des entreprises sociétaires constituées en sociétés en nom collectif[41], sociétés en commandite simple[42], sociétés par actions simplifiées[43], sociétés à responsabilité limitée[44] et sociétés anonymes[45], voire en sociétés coopératives.

Ces différentes formes de sociétés obéissent à des règles aussi variées les unes que les autres. Cela témoigne de ce que la très petite entreprise peut avoir n'importe quelle forme sociétaire et obéir à n'importe quel régime correspondant à la forme choisie. Force est cependant de constater que la très petite entreprise est par essence une micro-entreprise. Par conséquent, s'il est vrai qu'elle peut être aussi bien individuelle que sociétaire, il semble qu'elle peut difficilement refléter une certaine taille économique et donc arborer certaines formes sociétaires. Aussi verrait-on difficilement une très petite entreprise être constituée en société anonyme, quand on sait les exigences minima de la création d'une société anonyme, dont le capital social minimum est de dix (10) millions de francs CFA[46]. Même si les critères de définition mis en avant pour la caractérisation de cette dernière sont : le nombre d'employés n'excédant pas cinq (05) et le chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 15 millions pour le législateur camerounais et 100 millions pour le législateur sénégalais, et que ces critères peuvent bien se retrouver dans n'importe quelle forme de société, il reste qu'il demeure très difficile, voire irréaliste, de concevoir qu'une très petite entreprise puisse être constituée en société, encore moins en société anonyme, compte tenu des réalités socioéconomiques des États membres de l'OHADA.

Il est aussi à remarquer que les législateurs africains ne rangent la très petite entreprise que dans les sociétés formelles, au vu des définitions, qui sont proposées. Pourtant, il est majoritairement admis que la plupart des entreprises africaines sont des entreprises informelles. Une certaine doctrine affirme d'ailleurs que les entreprises informelles qualifiées de « petits informels »[47] constituent l'écrasante majorité de l'économie informelle. D'après l'Organisation Internationale du Travail, une entreprise informelle comporte sept critères que sont : « la facilité d'entrée sur le marché, la concurrence non réglementée, le caractère familial des entreprises, la petite échelle des opérations, l'utilisation des ressources locales, les technologies adaptées et enfin les formations acquises en dehors du système scolaire »[48]. Ces critères semblent abondamment décrire les microentreprises et même les petites entreprises dans les pays en voie de développement, comme il est relevé dans les États de l'espace OHADA. Dès lors, l'appréhension de la très petite entreprise par les législateurs africains ne parait pas correspondre avec la réalité de celle-ci telle qu'elle existe dans la sphère économique de ces États. Une telle appréhension dénature par conséquent la très petite entreprise.

---

[39] Lire article 60 al. 2 selon lequel : « Toute personne morale assujettie à l'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus ne peut se prévaloir de la personnalité juridique jusqu'à son immatriculation ».

[40] Conf. Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives.

[41] Lire les articles 270 à 292 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

[42] Lire les articles 293 à 308 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

[43]Lire les articles 853-1 à 853-22 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

[44]Lire les articles 309 à 384 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

[45] Lire les articles 385 à 853 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

[46] L'article 387 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dispose à cet effet que « le capital social minimum est fixé à dix millions (10.000.000) de franc CFA. Il est divisé en actions dont le montant nominal est librement fixé par les statuts. Le montant nominal est fixé en nombre entier. »

[47] I. ADO, « Qu'est l'entreprise informelle ? », *op.cit.* p. 12.

[48] I. ADO, « Qu'est l'entreprise informelle ? », *op.cit.* p. 14.

B. Une pluralité dénaturant la très petite entreprise

La conception que les États de l'espace OHADA ont de la très petite entreprise est plurielle. Cette pluralité aurait été un atout pour cette dernière si elle reflétait effectivement sa réalité économique. Mais, il est regrettable de constater que la pluralité consubstantielle de la très petite entreprise conduit inexorablement à sa dénaturation. La dénaturation change la nature d'une chose en lui donnant un autre caractère ou en y introduisant des changements substantiels[49]. La dénaturation de la très petite entreprise découle du fait que les législateurs lui donnent une définition, qui ne correspond pas à la réalité économique de cette dernière. En effet, la très petite entreprise est globalement considérée par les législateurs africains, pour ceux qui la reconnaissent[50], comme une entreprise qui a une taille économique assez significative[51]. Cette dénaturation de la très petite entreprise semble être la résultante de la difficile formalisation de la très petite entreprise (1) et conduit à l'incapacitation de cette dernière (2).

1. La difficile formalisation de la très petite entreprise[52]

La formalisation est généralement entendue comme la réduction aux structures formelles[53]. La formalisation d'une entreprise implique la déclaration ou l'enregistrement de celle-ci auprès des autorités compétentes et la conformité avec la réglementation en vigueur. Elle emporte la reconnaissance juridique d'une entreprise, la facilitation de l'accès au financement et aux réseaux professionnels et la définition claire des règles de fonctionnement de l'entreprise. Ces avantages sont de nature à encourager toute initiative d'entreprise à opter pour l'accès au secteur de l'économie formelle. Ils fondent d'ailleurs la définition que les législateurs donnent à la très petite entreprise et qui la classe parmi les entreprises formelles. Pourrait-il en être autrement ? La réponse serait difficilement négative lorsqu'on sait que le législateur, garant de la légalité, ne saurait consacrer l'informalité d'une entreprise, quand bien même celle-ci serait une très petite entreprise.

Toutefois, pour vraie que puisse être la raison d'État, la très petite entreprise dans le contexte socioéconomique des États de l'espace OHADA demeure une micro-entreprise, qui a généralement du mal à remplir les conditions exigées pour la formalisation des entreprises. Il faut dire que dans la plupart de ces États, l'informalité est ancrée dans les habitudes et ceci bien avant les indépendances. Cette informalité s'est davantage accrue avec les conséquences néfastes de la dévaluation du franc CFA dans les États d'Afrique francophone. Le désengagement des pouvoirs publics et la fermeture de nombreuses entreprises pourvoyeuses d'emplois ont favorisé l'initiative privée, le commerce ambulant, le petit commerce et la petite débrouillardise. L'activité informelle s'est intensifiée de sorte qu'aujourd'hui, elle constitue un levier contre la

[49] En droit, la notion de dénaturation est davantage utilisée en droit processuel. Elle correspond alors à deux sens. Au sens strict, elle est l'action par laquelle le juge du fond interprète ou refuse d'appliquer une clause claire, précise d'un document qui lui est soumis alors que cette clause n'avait pas à être interprétée, en raison de sa clarté et de sa précision. Au sens large, elle consiste, selon une certaine jurisprudence de la Cour de cassation, pour le juge du fond à donner une mauvaise interprétation d'une clause ambiguë d'un acte juridique ou d'un contrat d'application fréquente, ou encore d'une loi étrangère·

[50] Il s'agit du législateur camerounais de 2010, du législateur sénégalais de 2020, de la charte de l'UEMOA et du droit prospectif malien.

[51] Le législateur camerounais lui reconnaît la capacité d'un chiffre d'affaires annuel de 15 millions maximum. Le législateur sénégalais est plus ambitieux et lui reconnaît une capacité d'un chiffre d'affaires de 100.000.000 de francs. Pour le législateur camerounais, la très petite entreprise doit avoir aux plus cinq employés. Avec ces critères de définition, la TPE ne paraît pas être une micro-entreprise, car à notre sens, une entreprise qui peut employer des personnes et faire un chiffre d'affaires de 100.000.000 n'est sûrement pas une très petite entreprise.

[52] Ch. GAMALEU KAMENI, « Réflexions sur le processus de formalisation des entreprises dites informelles dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021 p. 82 et s ; P. MISSOKA, « De la débrouillardise à la formalisation : qu'est-ce qu'on gagne ? », *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, p. 111 et s.

[53] *https://www.Larousse.fr » Dictionnaire français forma*. Consulté le 22 /08/2025 à 15 h 30 minutes.

pauvreté des populations de ces États[54]. La formalité de principe de la très petite entreprise relève dès lors d'un doute. La formalisation de cette dernière semble d'ailleurs assez difficile au vu des usages. En effet, à l'observation des critères d'identification des entreprises formelles que sont : la taille de l'activité, l'enregistrement, la sincérité des comptes, la fixité du lieu du travail, l'accès au crédit et le statut fiscal[55], le processus de formalisation des entreprises informelles reste assez difficile, surtout pour les petits informels. Or, la très petite entreprise dans les États de l'espace OHADA se retrouve le plus souvent dans la catégorie des petits informels. Une telle réalité témoigne de ce que la définition légale attribuée à la très petite entreprise la dénature en ce qu'elle lui donne des caractéristiques et un contenu qui ne correspondent pas exactement à la réalité socioéconomique de cette dernière. Cette dénaturation conduit inéluctablement à l'incapacitation de ladite entreprise et la détourne de son efficacité économique.

2. L'incapacitation de la très petite entreprise

L'incapacitation, dans son sens général, désigne l'état ou la situation de quelqu'un qui n'est pas capable d'accomplir une action, une activité ou une fonction normalement. Appliquée à la très petite entreprise, il y a lieu de constater que la dénaturation de cette dernière la rend incapable d'avoir une identité et un contenu propre et surtout d'atteindre facilement son efficacité économique. En effet, la pluralité de formes et de régimes de la très petite entreprise et, davantage, sa référence exclusive à l'entreprise formelle entrainent que cette dernière soit soumise à des obligations comptables, fiscales et surtout de publicité, qui peuvent très vite dépasser son ambition et sa capacité financière.

L'enregistrement au registre de commerce et du crédit mobilier est une procédure que de nombreux petits entrepreneurs n'envisageraient pas, non seulement parce que ce dernier reste inconnu de la plupart de cette catégorie d'entrepreneurs, mais aussi parce qu'elle demeure assez fastidieuse et coûteuse pour certains. Beaucoup de micros-entrepreneurs disposent d'une comptabilité rudimentaire destinée juste à retracer le gain que ces derniers peuvent avoir de leurs différentes transactions, loin des exigences légales et des finalités[56] attendues d'une comptabilité régulière et élaborée. La fiscalité en cours dans les différents États de l'espace OHADA est généralement très au-dessus des capacités économiques des micro-entreprises[57]. Au Cameroun par exemple, les micro-entrepreneurs se limitent généralement à payer la taxe pour l'occupation de l'espace public. Certains préfèrent déambuler dans les rues pour proposer leurs marchandises ou leurs services dans le but de ne pas être localisés par le fisc. D'autres encore choisissent d'exercer dans leurs domiciles n'ayant pas les possibilités d'occuper un espace marchand. Les plus courageux, qui envisagent des activités plus stables, ne font généralement pas long feu, incapables de satisfaire les exigences fiscales et autres qui s'imposent à l'activité. Cet état de choses témoigne de ce que la formalisation demeure un luxe pour la très petite entreprise, et peut conduire à la fragiliser davantage et à hypothéquer sa pérennité. Toutes choses, qui commandent la recherche d'une unité, qui serait bénéfique, non seulement pour les micros-entrepreneurs, mais également pour la très petite entreprise.

II. L'unité bénéfique de la très petite entreprise

[54] S-F. SIMEN, « Dynamique de l'entreprenariat informel au Sénégal : caractéristiques et particularités », in *colloque international de management stratégique*, *www.stratégie-aims.com*.

[55] C. GAMALEU KAMENI, « Réflexions sur le processus de formalisation des entreprises dites informelles dans l'espace OHADA », *op. cit*. p. 86.

[56] Ces finalités sont : la garantie d'une information fidèle et fiable, la protection des intérêts du fisc, la sécurité juridique des transactions et parties prenantes.

[57] Au Cameroun par exemple, le taux applicable au Cameroun en matière d'impôt sur les sociétés est de 30% (article 17 (1) du Code Général des Impôts) et de 25% pour les contribuables réalisant un chiffre d'affaires égal ou inférieur à 3 milliards (article 17 bis (1) du Code Général des Impôts).

La pluralité inhérente à la définition de la très petite entreprise pouvant s'avérer assez contre-productive, il serait peut-être raisonnable de rechercher une identité propre à celle-ci, laquelle serait bâtie autour d'une unité, qui rendrait son appréhension plus nette, plus précise et certainement bénéfique. Littéralement, l'unité c'est l'état de ce qui est un. C'est le caractère de ce qui est considéré comme formant un tout dont les diverses parties concourent à constituer un ensemble indivisible[58]. Par ailleurs, on dit d'une chose qu'elle est bénéfique, lorsque celle-ci est avantageuse, bienfaisante, fructueuse ou favorable. Construire une unité autour de la notion et du régime de la très petite entreprise présenterait de nombreux avantages. Cette unité passerait tant par la recherche d'une définition propre (A) que par la construction d'un régime spécifique à la très petite entreprise (B).

A. La recherche d'une définition propre à la très petite entreprise

La définition est la description des caractéristiques qui rendent une chose unique et identifiable. Elle sert à comprendre clairement ce dont on parle. Une définition propre à la très petite entreprise consisterait à lui trouver des caractéristiques susceptibles de conduire à une détermination aisée et autonome de cette dernière. Une telle ambition commanderait tout d'abord que des critères d'identification de la très petite entreprise soient rigoureusement définis (1). Cela conduirait probablement à la détermination d'une forme précise de cette dernière (2).

1. Les probables critères d'identification de la très petite entreprise

Au chapitre des critères d'identification de la très petite entreprise, il faut observer que celles données dans presque toutes les législations africaines sont calquées sur celles de la petite et de la moyenne entreprises. Certains législateurs sont d'ailleurs plus expressifs et consacrent clairement l'assimilation de la très petite entreprise à la petite et à la moyenne entreprises. La référence de la très petite entreprise à la petite et à la moyenne entreprises est encore plus insidieuse dans la conception des législations, qui la définissent ou qui l'assimilent. En effet, force est de constater que tous les textes qui mentionnent la très petite entreprise sont des textes qui sont conçus pour la petite et la moyenne entreprises. Tous leurs intitulés trahissent globalement la volonté des législateurs d'encadrer exclusivement la petite et la moyenne entreprises au détriment de la très petite entreprise. De plus, la très petite entreprise n'est généralement mentionnée qu'au niveau de la définition des termes, le reste des dispositions n'étant réservées qu'à l'encadrement de la petite et de la moyenne entreprises. Cet état de choses laisse penser que le législateur n'a véritablement pas pensé aux critères de définitions de la très petite entreprise. La lettre de la loi trahit par conséquent son esprit.

De plus, il y a lieu de relever que tant dans la technique de l'assimilation que dans celle de la définition, l'ensemble des législateurs de l'espace OHADA proposent des critères économiques et juridiques pour appréhender la très petite entreprise. En effet, des critères, qui ressortent de l'ensemble des définitions, sont : le montant annuel du chiffre d'affaires, le nombre de salariés. Ces critères économiques ressortent des dispositions des lois camerounaises et sénégalaises sur les petites et moyennes entreprises. À ces critères économiques s'ajoutent les critères juridiques que l'on relève de la définition proposée par le législateur sénégalais. Ces critères combinés répondent à la définition de l'entreprise qui, elle-même, est bien caractéristique de la double dimension économique et juridique. Pour cohérente que puisse paraitre une telle approche, l'appréhension de la très petite entreprise dans le double aspect économique et juridique nous semble insuffisante en ce qu'elle omet non seulement la dimension informelle qui caractérise davantage la très petite entreprise dans l'espace juridique

[58] *https://www.Larousse.fr, Dictionnaire français, unité*, consulté le 22 /08/2025 à 15 h 30 minutes.

étudié, mais encore, elle omet la dimension sociale de cette dernière.

En réalité, dans la totalité des États de l'espace OHADA, la très petite entreprise a une forte connotation sociale. Elle est généralement le moteur de la débrouillardise. On crée une très petite entreprise pour sortir du chômage ambiant et avoir de quoi subvenir aux besoins élémentaires : s'habiller, se nourrir, se déplacer, se soigner, bref pour avoir de quoi vivre. Difficilement, le promoteur d'une très petite entreprise va épargner ou agrandir son investissement. Ici, l'accès au crédit dans les organismes structurés comme les banques et les microfinances est rare, voire exceptionnel. La très petite entreprise permet dans la majorité des cas la subsistance du promoteur et de ceux qui sont à sa charge. Dès lors, comment envisager une définition de la très petite entreprise sans cette dimension sociale, qui la caractérise particulièrement. La très petite entreprise est avant tout une entreprise de subsistance. C'est ce critère qui doit la définir, la caractériser et être sa finalité première, étant entendu que la subsistance est l'ensemble des moyens qui permettent de pourvoir à ses besoins et d'assurer son existence matérielle.

Retenir la subsistance comme critère d'identification de la très petite entreprise peut être bénéfique à plus d'un titre. D'abord, cela permettrait de lui donner une définition, qui se rapprocherait le plus de sa réalité dans l'espace OHADA et par conséquent de rompre avec l'assimilation, qui est faite entre la très petite entreprise et la petite et la moyenne entreprise. En plus, cela permettrait au législateur d'adapter des mesures fiscales à cette micro-entreprise. Celles-ci consisteraient à réduire les droits fiscaux à des taxes les plus rudimentaires. On réduirait par exemple le micro-entrepreneur aux seules taxes relatives à l'occupation de la voie publique et à la salubrité. Une autre forme de fiscalité serait de considérer que la microentreprise arrive déjà à pallier le chômage et à subvenir aux besoins de quelques citoyens. Ce qui contribue à aider l'État dans l'une de ses missions régaliennes, qui est la sécurité et le bien-être des personnes. L'appréhension de la dimension sociale de la très petite entreprise conduirait surtout à repréciser la forme de cette dernière.

2. La détermination d'une forme précise de la très petite entreprise

Concernant la détermination d'une forme précise de la très petite entreprise, il faut dire que celle-ci résulterait naturellement de la précision des critères de définition de cette dernière et notamment du critère de subsistance. En effet, il serait quelque peu irréaliste d'envisager une entreprise sociétaire, qui n'aurait pour finalité principale que la subsistance de son promoteur. En réalité, la très petite entreprise dans son essence ne saurait être constituée dans une forme autre que l'entreprise individuelle. Le législateur OHADA, en restreignant l'entreprenant au seul statut d'entreprise individuel, traduisait déjà cette appréhension individualiste des entreprises de petite échelle. Le législateur sénégalais a émis une distinction expresse entre l'entreprenant et la très petite entreprise en précisant que la seconde peut être une personne physique ou morale. Cette appréhension, qui omet la dimension sociale et très minimaliste de la très petite entreprise, nous semble incorrecte. La très petite entreprise doit exclusivement être une entreprise individuelle. Ce qui ne signifie pas qu'elle doive se confondre avec l'entreprenant, qui reste une entreprise formelle jouissant d'une taille économique considérable[59].

La très petite entreprise est davantage une entreprise informelle. Toutefois, ce caractère

[59] Sur ce point, l'article 13 de l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dispose que : « Les très petites entreprises dont les recettes annuelles ne sont pas supérieures aux seuils fixés à l'alinéa 2 du présent article sont assujetties, (…), au « système minimal de trésorerie », de caractère dérogatoire aux dispositions générales du présent acte uniforme. Ces seuils sont : trente (30) millions de F CFA pour les entreprises de négoce, vingt (20) millions de F CFA pour les entreprises artisanales et assimilées, dix (10) millions de F CFA pour les entreprises de services.

informel ne doit surtout pas être considéré comme un problème[60], mais plutôt comme une solution[61]. Ce qui suppose de changer le regard et le rapport majoritairement conflictuel que l'autorité publique et le législateur ont avec l'entreprise informelle, afin d'adopter une perspective nouvelle. Celle-ci résulterait « d'une approche essentiellement normativiste où les faits seraient séparés de la norme en exigeant de ces faits le rôle important qu'ils pourraient jouer dans la validité plus réelle de la règle de droit »[62]. Il faut surtout éviter de perpétuer les solutions de verticalité, à savoir : la formalisation, la fiscalisation et la pénalisation que l'autorité publique veut imposer à l'entreprise informelle. Dans l'économie informelle et surtout dans les « petits informels », il semble y avoir une primauté des usages sur les formalités, la force de la réalité concrète sur les théories. Il paraît surtout y avoir de la créativité et une grande capacité d'adaptation et d'anticipation, qui ont préféré le mode créatif à l'imitation. Un tel regard de l'économie informelle donnerait une vision autre de la très petite entreprise et permettrait au législateur d'appréhender celle-ci en tenant compte de sa juste réalité, car faut-il le rappeler, la définition légale de la très petite entreprise s'apparente non seulement à une définition d'emprunt, mais aussi et surtout à une définition qui l'éloigne de toute emprise de l'informel.

En tout état de cause, la nouvelle définition de la très petite entreprise doit réunir des critères d'identification à la fois économiques, juridiques mais surtout sociaux. Ainsi, l'on pourrait désormais la définir comme une entreprise individuelle dont l'activité économique sert principalement à la subsistance de son promoteur. Cette définition ouvrirait davantage la voie à un régime bâti sur mesure de la très petite entreprise.

B. La construction d'un régime spécifique de la très petite entreprise

Une nouvelle définition des critères d'identification et de la forme de la très petite entreprise conduirait forcément à la construction d'un régime propre et spécifique à cette dernière. Elle pourrait ainsi être loin de toute assimilation et d'appréhension déconnectée de sa vraie réalité. Considérer la très petite entreprise comme une entreprise individuelle dont l'activité économique sert principalement à la subsistance de son promoteur conduirait surtout à redéfinir son domaine d'activité et à mettre en place les règles spécifiques susceptibles de l'encadrer.

1. La détermination d'un domaine d'activité précis de la très petite entreprise

La diversité de l'entreprise admet une pluralité de critères de classification de cette dernière. Ainsi, à côté de la taille économique, qui classe l'entreprise en très petite entreprise, petite entreprise, moyenne entreprise et grande entreprise, de la forme d'entreprise, qui la classe en entreprise individuelle et sociétaire, et du statut de propriété, qui emporte la distinction entre une entreprise privée et une entreprise publique, l'entreprise est également classée en fonction du secteur d'activité dans lequel elle exerce. Ce critère de classification permet de distinguer les activités du secteur primaire, secondaire et tertiaire. Il faut rappeler que les entreprises du secteur primaire sont celles qui font dans l'extraction des matières premières. Elles regroupent l'agriculture, la pêche et les mines. Les entreprises du secteur secondaire, quant à elles, sont celles qui font dans la transformation et la production. Leur principale activité est l'industrie. Celles du secteur tertiaire proposent essentiellement des activités de service, telles que le commerce, la banque, l'assurance, la communication, etc.

Au regard de cette classification, qui définit le domaine d'activité de l'entreprise, il serait

[60] A. CISSE, « Leçon inaugurale sur le colloque international sur l'économie informelle dans l'espace OHADA : approches économique, juridique, politique et socio-anthropologique », 5 au 7 octobre 2020, *Revue de l'ERSUMA*, 2021-2/n° hors-série, 2021, p. 23.
[61] A. CISSE, *op. cit*. p. 25.
[62] *Ibidem*.

difficile de soustraire la très petite entreprise de l'un de ces secteurs d'activités. En effet, la très petite entreprise est une micro-entreprise certes, mais l'on peut très bien la retrouver aussi bien dans le secteur primaire, secondaire que tertiaire. Celle-ci peut opérer dans l'agriculture, la pêche, les mines, l'industrie, et même le commerce. De plus, la définition légale, qui l'appréhende, témoigne à juste titre de ce qu'elle peut se livrer dans n'importe quel secteur et surtout n'importe quelle activité. Rien ne pourrait donc justifier que la très petite entreprise ne puisse pas se livrer à des activités de banques, d'assurance, de communication, d'industrie moderne qui sont des activités relevant d'exigences financières et économiques particulières. Si la définition donnée par le législateur camerounais[63] pourrait en dissuader, celle donnée en revanche par le législateur sénégalais ouvre grandement la très petite entreprise à ces possibilités. En effet, en définissant la très petite entreprise comme une personne physique ou morale dont l'activité peut être professionnelle, civile, artisanale, commerciale ou agricole, et surtout dont le montant du chiffre d'affaires annuel est de 100.000.000 de francs maximums, l'on peut y voir tout type d'activités, y compris les banques, les assurances, la communication etc.

Pour autant, on ne saurait ignorer le fait qu'une telle conception de la très petite entreprise est totalement en déconnexion avec sa réalité socioéconomique. On ne le dira jamais assez, la très petite entreprise est une micro-entreprise. L'on comprendrait difficilement qu'elle soit considérée comme une entreprise pouvant réaliser d'aussi grands exploits financiers et économiques au sens des définitions proposées par les législateurs camerounais et sénégalais. Comment comprendre qu'une microentreprise puisse se livrer à des activités de banque, quand le capital à réunir pour la création d'une banque est de dix milliards (10.000.000.000) de francs CFA CFA minimum pour ce qui est de la réglementation CEMAC[64] ou à des activités d'assurance quand la création d'une société d'assurances exige un capital social minimum de cinq milliards (5.000.000.000) de francs CFA conformément à la réglementation de la CIMA[65] ? Au-delà de ces exigences financières, l'exercice de ces activités demande généralement des qualifications et des compétences professionnelles dont le promoteur de la très petite entreprise ne dispose pas et ne songe pas à acquérir. Ces interrogations peuvent également concerner d'autres activités telles que : l'industrie moderne, la communication, le grand commerce qu'on pourrait distinguer du petit commerce. Autant de secteurs, qui commandent une énumération précise des activités susceptibles de rentrer dans le champ d'activité de la très petite entreprise.

En réalité, en définissant la très petite entreprise en référence au critère de subsistance, la circonscription de son domaine d'activité s'en trouve facilitée. En effet, cette définition met en évidence sa taille économique assez minime. La très petite entreprise en ressort comme une entreprise de débrouillardise dont l'activité économique est assez réductrice, non seulement en termes de poids économique, mais aussi en termes de nature de l'activité. Ainsi, même si la répartition des activités dans les différents secteurs entraine indubitablement que la très petite entreprise se retrouve dans tous les secteurs, il faut dire que celle-ci ne peut exercer que dans des activités précises comme : le petit commerce, l'artisanat, l'agriculture de petite échelle, l'exploitation rudimentaire des mines, le transport urbain à petite échelle. Ces activités sont celles qui accueillent, sinon exclusivement, du moins majoritairement les capacités des promoteurs de la très petite entreprise. La circonscription de son domaine matériel serait ainsi matérialisée par une volonté manifeste du législateur de l'encadrer.

[63] Conf. Article 4 de la loi n°2010/001 du 13 avril 2010 portant promotion des petites et moyennes entreprises au Cameroun.

[64] Le capital social minimum requis pour la création d'une banque dans la zone CEMAC est de 10 milliards de FCFA, conformément au règlement COBAC R-2009/01. Ce montant, fixé par le règlement de la COBAC (Commission Bancaire de l'Afrique centrale), s'applique aux établissements bancaires dont le siège social est situé sur le territoire de la CEMAC.

[65] Conf. Article 329-3 du Code des assurances de la CIMA : « Les entreprises soumises au contrôle en application de l'article 300, constituées sous forme de sociétés anonymes et dont le siège social se trouve sur le territoire d'un État membre doivent avoir un capital social au moins égal à cinq milliards de Francs CFA, non compris les apports en nature. Chaque actionnaire doit verser, avant la constitution définitive, les trois quarts (3/4) au moins du montant des actions en numéraire souscrites par lui ».

2. La nécessité d'un encadrement spécifique de la très petite entreprise

Concernant la mise en place des règles spécifiques à la très petite entreprise, le législateur devrait déjà lui donner une considération propre et entreprendre un encadrement, qui ne soit pas sous le couvert de l'encadrement de la petite et de la moyenne entreprises. À ce jour, l'espace OHADA ne dispose d'aucune loi qui porte exclusivement sur la très petite entreprise. Plus grave, les législateurs se bornent soit à l'évoquer dans la partie de la loi réservée aux définitions[66], soit à prévoir une disposition qui énonce son assimilation à la petite et moyenne entreprise[67]. Pourtant, les quelques textes qui la mentionnent sont prévus pour l'encadrement des petites et moyennes entreprises. Comment la très petite entreprise pourrait-elle avoir sa propre identité si le législateur ne l'évoque qu'incidemment ? Ne serait-il pas loisible et même opportun que la très petite entreprise dont on évoque l'existence de façon incidente puisse recevoir une attention particulière de la part du législateur ? Il faudra dès lors prévoir des règles, qui pourront effectivement l'encadrer en prenant en compte la dimension socioéconomique, qui semble dominer l'appréhension de cette dernière. Aussi, ces règles pourront-elles être relatives à la facilitation de l'accès au financement, aux modalités d'accompagnement, aux obligations comptables et fiscales tout en ayant à l'esprit que ces règles doivent être taillées aux capacités de la très petite entreprise.

La mise en place des règles spécifiques à la très petite entreprise aurait aussi le mérite de rompre avec la pluralité de régimes, qui semble se dégager de la définition légale à elle attribuée par les législateurs camerounais et sénégalais et de son assimilation à la petite et à la moyenne entreprises faite par l'ensemble des législations de l'espace OHADA. En effet, que ce soit par assimilation ou par définition, la très petite entreprise se révèle comme une entreprise qui peut avoir autant la forme individuelle que celle sociétaire. Or, en prenant en compte la définition proposée dans cette réflexion, la très petite entreprise ne serait envisagée que sous une forme individuelle. Ce qui implique, non plus une pluralité de régimes, mais plutôt la soumission de la très petite entreprise aux seules règles de l'entreprise individuelle. Une entreprise individuelle, qui ne serait pas l'entreprenant en ce qu'elle ne serait pas soumise au processus de formalisation auquel est soumis l'entreprenant. Elle ne pourra pas non plus être assimilée au commerçant personne physique en ce que même si elle exerce dans le petit commerce, et qu'elle accomplirait par conséquent les actes de commerce par nature, l'absence d'inscription au registre de commerce et du crédit mobilier et de soumission aux obligations comptables et fiscales du commerçant l'éloignerait du statut du commerçant. La très petite entreprise devrait être une entreprise individuelle atypique et très modeste. Cette modestie serait d'abord liée à sa taille économique très minime, à son domaine d'activités limité et précis et surtout à sa finalité de subsistance. Dès lors, son régime devra être taillé à la mesure de ses attentes et devra surtout dépendre des différents domaines d'activités.

L'encadrement juridique de la très petite entreprise posera surtout un problème de démarche, de processus. En effet, comment fera le législateur pour encadrer efficacement une entreprise, dont l'activité est majoritairement calquée sur la débrouillardise et qui fonctionne presqu'exclusivement dans l'informel ? On l'aura compris, le processus d'encadrement de la très petite entreprise ne saurait se faire sans la prise en compte de la problématique de l'informel ou plutôt sans un changement de perception de l'économie informelle par le législateur[68]. Comme le disait une éminente

[66]Conf. Loi camerounaise n°2010/001 et loi d'orientation sénégalaise de 2020 sur la promotion des petites et moyennes entreprises.
[67] Conf. Charte UEMOA et loi d'orientation sénégalaise précitée.
[68] Sur ce point, lire : M.U. NGAH NOAH, « Aux confins du sein et du sollen : repenser l'articulation entre le droit OHADA et l'économie informelle », *Revue de l'ERSUMA*, 2012-2/n° hors-série, 2021, pp. 437 et s ; S. C. EKANI, « Réguler le secteur informel par le bas : pour un changement de paradigme », *Revue de l'ERSUMA*, 2012-2/n° hors-série, 2021, pp. 411 et s ; A. AMEVI DE SABA, « fiscalisation de l'économie informelle. Bonne ou fausse stratégie », *Revue de l'ERSUMA*, 20221-/n° hors-série, 2021, pp. 292 et s.

doctrine parlant de l'économie informelle, « nous avons besoin, en matière de processus, de comprendre les techniques, les circuits de l'économie informelle, les stratégies, les normes sécrétées par l'économie informelle, ses modes de règlements de conflits intrinsèques et endogènes »[69].

La doctrine pense qu'il faut normaliser l'économie informelle. Il faut surtout que cette normalisation soit inclusive en ce qu'elle tiendrait compte des besoins locaux endogènes. Elle permettrait ainsi d'organiser l'entreprenariat social et d'avoir des formes sociales, qui seraient plus adaptées à la sociologie et à l'anthropologie des États de l'espace OHADA. La très petite entreprise serait, à notre avis, un des prototypes de ces formes sociales dont l'encadrement donnerait l'occasion au législateur de rompre avec le rapport à la verticalité qu'il entretient avec l'informel pour adopter un rapport d'horizontalité, qui saurait valoriser la particularité de l'économie africaine.

En définitive, la réflexion sur la très petite entreprise a permis de relever que cette dernière est quasi absente dans l'ensemble des législations de l'espace OHADA. Ce qui concourt à une appréhension inadaptée à la réalité socioéconomique de cette dernière. Entre définition légale peu réaliste et assimilation de la très petite entreprise à la petite et à la moyenne entreprises, les critères de définition de la très petite entreprise semblent l'éloigner de sa véritable réalité. Une redéfinition des critères d'identification de cette dernière paraît nécessaire. La très petite entreprise devrait être définie comme toute entreprise individuelle dont l'activité économique sert principalement à la subsistance de son promoteur. Cette définition conduirait inlassablement à situer la très petite entreprise dans son contexte et surtout à prévoir un encadrement spécifique. Cet encadrement aboutirait à reconsidérer la perception de l'économie informelle, cadre d'expression par excellence de la très petite entreprise. C'est à ces conditions seulement que la très petite entreprise serait elle-même, afin de ne plus être confondue aux autres classes d'entreprises.

[69] A. CISSE, *op. cit.*, p. 26.

LES PARADOXES DE LA NOTION DE GROUPE DE SOCIÉTÉS EN DROIT OHADA DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Konan Saint Serge-Innocent KOUAME
Assistant à l'Université Félix Houphouët-Boigny

Résumé : L'apparition des groupes de sociétés a profondément modifié la vision classique qui veut que le droit des sociétés vise uniquement des entités autonomes, des sociétés conçues comme sujets juridico-économiques indépendants et fermés sur eux-mêmes. Avec les groupes de sociétés, apparaissent des structures au-dessus des structures classiques du droit des sociétés, posant ainsi des problèmes juridiques inédits que le juriste ne saurait ignorer. Ainsi, au milieu du 20e siècle, les juristes (autorités normatives et chercheurs) vont commencer à s'intéresser particulièrement au phénomène de groupe de sociétés. Le droit OHADA des sociétés commerciales, qui naitra plusieurs décennies plus tard, s'efforcera, à son tour, de saisir juridiquement la donnée économique qu'est le groupe de sociétés. Il s'agit en réalité d'un travail d'abstraction que le législateur OHADA devait réaliser dans son droit des sociétés commerciales en y prenant en compte la notion de groupe de sociétés. Les notions constituent des abstractions du langage juridique que François GENY considère comme étant le premier stade des opérations intellectuelles de l'élaboration du droit. En ce sens, la précision de la notion juridique de groupe de sociétés représente un préalable indéniable à toute règlementation sérieuse de ces entités. Dès lors, le défi majeur concernant la notion de groupe en droit OHADA des sociétés commerciales réside dans la formalisation d'une notion juridique cohérente pour un phénomène économique perturbateur, eu égard à l'antagonisme entre dépendance économique et autonomie juridique des sociétés groupées. En cela, le droit OHADA des sociétés semble avoir manqué le coche, en consacrant une notion de groupe de sociétés empreinte de paradoxes.

Introduction : La vision classique du droit des sociétés commerciales est celle d'un droit régissant des entités autonomes, des sociétés conçues comme sujets juridico-économiques indépendants et fermés sur eux-mêmes. Ainsi, dans le droit OHADA des sociétés commerciales, on regarde généralement « la société commerciale comme une entité isolée, comme une individualité économiquement et juridiquement autonome ». Face à cette vision atomisée des sociétés commerciales, l'émergence des groupes de sociétés apparaît comme un risque sérieux de formulation d'une proposition paradoxale. Dès lors, l'idée d'une réflexion sur les paradoxes de la notion de groupes de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales paraît inéluctable. La clarification des termes de la présente réflexion commande de déterminer l'étendue de la notion de paradoxe et de préciser, au regard du langage juridique, les vocables notion et groupe de sociétés. Le paradoxe, en tant que figure rhétorique d'opposition, n'est guère rassurant ; encore moins quand il intervient dans la sphère juridique. En effet, le paradoxe suppose tantôt une contradiction logique contenue dans une proposition, la faisant ainsi paraître à la fois vraie et fausse ; tantôt une proposition contraire à l'opinion commune ou à la vraisemblance. Mais le heurt que cause le paradoxe n'est pas toujours à craindre, dès lors qu'il peut être un puissant stimulant pour l'esprit. En cela, la formulation ou la résolution d'un paradoxe est un élément fondamental des constructions juridiques. La notion de groupe de sociétés, telle qu'envisagée en droit OHADA des sociétés commerciales, n'échappe pas à ces

différentes idées du paradoxe. Le mot « notion » est très souvent assimilé à « concept » chez les juristes. Les deux vocables sont parfois utilisés l'un pour l'autre ; en sorte que les uns nomment « notion » ce que d'autres appellent « concept », et réciproquement. Telle ne sera pas notre approche dans la présente analyse. En effet, s'il est indéniable que notion et concept sont liés, il n'en demeure pas moins qu'ils sont distincts. Cela dit, la distinction proposée par Roberto GRAU mérite d'être retenue. Pour cet auteur, « le concept » a des propriétés formelles, intemporelles et anhistoriques. En ce sens, le triangle est un concept puisqu'il « n'a jamais été envisagé selon la dynamique de l'Histoire ». Conséquemment, on pourrait, dans le champ juridique, qualifier de concepts les termes "sujet de droit", "droit", "obligation". En revanche, « la notion » est dépendante de circonstances de temps et de lieu ; elle est temporelle et historique. Ainsi en est-il des termes " bonne foi", "bon père de famille", "chose" qui, renvoyant à des réalités variables en fonction des circonstances, constituent non pas des concepts mais des notions. À ce titre, il n'est pas impossible de soutenir que "groupe de sociétés" est une notion qui sert à désigner des réalités économiques variables en fonction des circonstances.

Selon l'article 173 de l'AUDSCGIE, « le groupe de sociétés est un ensemble de sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ». Partant de cette définition légale, il est possible de retenir que les groupes de sociétés sont des ensembles formés d'une part de sociétés dites sociétés mères ou sociétés dominantes, et d'autre part de sociétés affiliées qui sont sous la domination des premières citées. Ces définitions laissent déjà entrevoir des oppositions entre les paradigmes du droit des sociétés et la représentation des réalités économiques des groupes en idées juridiques. Il convient donc de retenir que la présente réflexion s'entend comme l'examen des contradictions résultant de la prise en compte des groupes de sociétés dans le droit positif OHADA des sociétés commerciales.

La pertinence d'une telle réflexion peut être mise en lumière sur deux plans. Le premier relève de l'importance des notions en droit. Le second est celui des insuffisances normatives liées aux paradoxes de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA.

Dans une construction élaborée des étapes de la connaissance, la « notion » représente un socle fondamental. Dans le domaine juridique, François GENY illustrait parfaitement cette idée en démontrant que la formulation de la notion juridique correspond « au premier stade des opérations intellectuelles de l'élaboration du droit ». C'est une étape qui consiste en une « représentation en idées des intérêts, se dégageant de la réalité …, et qu'il s'agit d'équilibrer ». Partant, la pertinence de la réglementation des groupes de sociétés dépend fortement de la bonne ou mauvaise représentation en idées juridiques des intérêts qui se dégagent de la réalité économique de ces groupes. Or, les insuffisances normatives que l'on peut observer au sujet des groupes de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales laissent perplexe. Ces insuffisances sont à la fois d'ordres textuel, jurisprudentiel et doctrinal.

Au niveau des textes, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'appréhension du groupe de sociétés par le droit OHADA des sociétés commerciales est lacunaire. En effet, il n'existe pas, à proprement parler, de droit des groupes. Il est appliqué à chaque société du groupe les dispositions du droit commun. Cette approche est contraire à la réalité économique des groupes de sociétés, si bien qu'elle est source de contentieux que le juge n'est pas toujours en mesure de traiter convenablement. Ce faisant, la jurisprudence intervient de façon ponctuelle pour appréhender les situations qui naissent à l'échelle du groupe, avec parfois des postures qui semblent contradictoires au niveau même de la CCJA, organe judiciaire suprême de l'OHADA. En effet, la juridiction suprême indique d'un côté que « bien que contrôlée par la société mère, la filiale a une existence propre et possède une personnalité juridique distincte de celle de

la société mère de sorte que cette dernière ne saurait être tenue de ses obligations » ; et soutient d'un autre côté que « outre la filiale qui engage sa responsabilité pour révocation abusive d'un dirigeant, la société mère engage également sa responsabilité pour la révocation litigieuse ». Cette apparente contradiction dans les décisions de la CCJA au sujet de la responsabilité des sociétés dominantes rend flou le régime juridique potentiellement applicable aux groupes de sociétés. Ce que la doctrine a souvent dénoncé. En effet, les auteurs ont décrié le manque d'audace des rédacteurs de l'AUDSCGIE relativement au droit des groupes de sociétés, et leur reprochent de n'avoir pas osé élaborer une règlementation spécifique des groupes alors que certaines législations comme celle de l'Allemagne l'ont fait.

S'il est vrai qu'une bonne prise en compte des groupes de sociétés dans une législation ne suppose pas nécessairement un droit spécifique des groupes de sociétés, force est de constater que ce défaut de règlementation spécifique des groupes trahit les contradictions et oppositions qui minent leur représentation juridique. Dès lors, la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales comporte-t-elle des incohérences dont la résolution s'impose comme une nécessité ? La réponse à cette question est affirmative. Le droit des sociétés, en tant qu'il est dynamique et ouvert sur la vie économique, les paradoxes qu'il porte relativement à la notion de groupe de sociétés relèvent des deux ordres : juridiques et économiques. En effet, les contradictions de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales sont essentiellement juridiques (I). Toutefois, leur résolution suggère une saine appréciation des oppositions entre réalité économique et notion de groupe en droit OHADA des sociétés commerciales (II).

I. Les contradictions juridiques de la notion de groupe en droit ohada des sociétés commerciales

Un groupe de sociétés existe lorsque, relativement à un ensemble de sociétés, des liens caractérisent une influence déterminante d'une ou plusieurs sociétés dominantes sur une ou plusieurs sociétés dominées. On peut donc parler de groupe à partir du moment où se dégage une certaine unité de direction dans laquelle l'influence dominante est exercée par des personnes autres que les dirigeants légaux de la société considérée comme dépendante[1]. Ainsi, dans la pratique, les groupes de sociétés sont caractérisés par une forte concentration de pouvoir[2], qui, lorsqu'elle n'est pas convenablement considérée, emporte une contradiction entre la notion juridique de groupes et les paradigmes du droit des sociétés. Par cela, des dogmes fondateurs du droit des sociétés commerciales sont ébranlés par la relation de pouvoir que postule le groupe (A) ; toute chose qui aggrave aussi les incertitudes qui existaient déjà autour de certaines notions-cadres du droit des sociétés commerciales (B).

A. Le bouleversement des dogmes fondamentaux du droit des sociétés

Le droit OHADA des sociétés commerciales est marqué par des principes fondamentaux. En ce sens, l'écran de la personnalité morale et l'indépendance des personnes morales sont deux dogmes majeurs du droit des sociétés. Le premier sous-tend l'idée d'une démarcation nette entre la société et ses membres ; alors que le second veut que chaque société soit toujours vue comme juridiquement indépendante des autres, peu importe les liens qu'elles auraient tissés. Les groupes de sociétés semblent difficilement s'accorder avec ces idées ; si bien qu'une notion juridique imprudente de groupe de sociétés met à mal l'écran de la personnalité morale (1) et ébranle toute idée d'indépendance des sociétés groupées (2).

[1] P. LE CANNU et B. DONDERO*, Droit des sociétés*, 10ème éd., LGDJ, 2023, n° 1514.
[2] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, KARTHALA - CRES, 2010, p. 13.

1. La fragilisation de l'écran de la personnalité morale

Lorsque la société acquiert la personnalité morale, elle constitue un sujet de droit autonome. Pour emprunter la formule de certains auteurs, l'écran de la personnalité morale de la société peut être analysé avec l'image d'une maison habitée[3]. Tel l'habitant d'une maison qui est protégé des agressions extérieures, les associés et les dirigeants sont membres de la société mais les tiers n'ont de rapports juridiques qu'avec cette dernière. Cependant, le contexte des groupes de sociétés atténue, voire contourne la rigueur du principe de l'écran de la personnalité morale. En effet, le groupe de sociétés, tel qu'envisagé en droit OHADA des sociétés commerciales, comporte plusieurs facteurs de fragilisation de l'écran de la personnalité morale. En ce sens, c'est l'écran de la personnalité morale de la société dominée qui, devant servir à la distinguer de la société dominante, se trouve fragilisé. Par l'écran de la personnalité morale, chacune des sociétés membres d'un groupe doit vivre la vie juridique en totale autonomie par rapport aux autres. Cela se verrait alors à travers l'individualisation desdites sociétés. Mais l'observation des sociétés groupées montre une transparence de l'écran de la personnalité morale des sociétés dominées ; en sorte que l'individualisation des sociétés membres d'un groupe est imparfaite. À l'instar des personnes physiques, les principaux droits extrapatrimoniaux servant à l'individualisation d'une personne morale sont le nom et le domicile[4]. Ces éléments devraient servir à marquer une différence entre la société mère et sa filiale. Pour utiliser les termes propres au droit des sociétés, il convient de parler de dénomination sociale pour désigner le nom des sociétés et de siège social pour désigner leur domicile[5]. Or, il ressort de la définition du groupe de sociétés posée à l'article 172 de l'AUDSCGIE que les liens qui unissent les sociétés membres d'un groupe peuvent être de diverses natures. Ces liens pourraient-ils donc concerner la dénomination et le siège social ?

Suivant les dispositions de l'article 14 de l'AUDSCGIE, toute société doit avoir une dénomination. Le choix de la dénomination sociale est en principe libre mais il y a des limites : interdiction des noms contraires à l'ordre public, proscription de choisir plusieurs appellations pour une même société, l'interdiction de prendre la dénomination d'une autre société déjà immatriculée au RCCM[6]. La dernière limite citée est d'un intérêt particulier pour le cas de la filiale par rapport à sa société mère. En effet, la dénomination sociale étant un élément d'individualisation de la société commerciale, les risques de confusion entre le nom des sociétés mères et celui de leurs filiales ne sont pas nuls[7]. Par l'article 15 de l'AUDSCGIE qui permet que le nom de la société mère puisse être inclus dans celui de la filiale, il est possible que ces deux sociétés soient immatriculées au RCCM avec des dénominations sociales quasi-

[3] Voir en ce sens : M. COZIAN et Al., *Droit des sociétés*, 27ème éd., LexisNexis, 2014, p. 89.

[4] C. CASTETS-RENARD, « Personnalité juridique et identification numérique », in *La personnalité juridique,* X. BIOY (dir.), LGDJ, 2013, pp 305-317.

[5] D. POHÉ-TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in *Encyclopédie du droit OHADA,* P-G. POUGOUÉ (dir.), Lamy, 2011, pp. 1344-1379.

[6] Article 16 de l'AUDSCGIE.

[7] En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en date du 4 septembre 2014 a mis en lumière une distinction entre dénomination sociale et nom commercial. Pour cette juridiction, la dénomination sociale est le nom choisi par une société lors de sa constitution alors que le nom commercial est le nom sous lequel la société opère. La juridiction belge a indiqué à ce propos que : « Les sociétés membres d'un même groupe doivent être constituées sous des dénominations sociales différentes même si celles-ci peuvent être phonétiquement proches ». En l'espèce, l'appelant a conclu un contrat de prestation de services avec une filiale d'un groupe de sociétés qui exercent toutes leurs activités sous un même nom commercial. De plus, toutes les filiales de ce groupe possèdent des dénominations sociales à consonances communes. L'appelant a avancé avoir été en relation contractuelle avec une filiale de ce groupe (l'intimée). De son côté, la filiale en question a soutenu qu'elle n'était jamais entrée en relation contractuelle avec l'appelant et qu'elle ne lui était donc redevable d'aucun dommage dans le cadre d'une rupture contractuelle. Et l'intimée de relever que la confusion provient du fait que le nom commercial est identique pour toutes les sociétés puisqu'elles font partie du même groupe. De plus, sa dénomination sociale est phonétiquement proche du nom commercial du groupe. Or, la filiale intimée précise que le contrat de prestation de services a été signé entre l'appelant et une autre société du groupe.
Selon la Cour d'appel de Bruxelles, la démarche de l'appelant assignant la mauvaise société du groupe ne résultait a priori pas d'une erreur d'appréciation à ce point évidente qu'elle devait être aperçue et évitée. Le risque de confusion entre sociétés du groupe concerné était donc manifeste.

identiques. Quid de la situation d'une filiale implantée dans l'espace OHADA dont la société mère est étrangère, et qui voudrait se faire immatriculer au RCCM avec l'appellation déjà utilisée par cette dernière ? L'exploration des réponses possibles à cette interrogation passe par l'analyse de la notion de siège social.

L'AUDSCGIE ne donne pas de définition légale du siège social. Juste se contente-t-il d'énoncer en son article 24 que « le siège social est fixé, au choix des associés, soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière ». Il rajoute à l'article 25 : « Le siège social ne peut pas être constitué uniquement par une domiciliation à une boite postale. Il doit être localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise ». Si ces différentes dispositions revêtent une certaine utilité pour connaitre les critères et les exigences légales se rapportant à la fixation du siège social, il n'en demeure pas moins que l'AUDSCGIE a manqué de donner une définition unitaire au siège social. Le renvoi du siège social au principal établissement ou au centre de direction n'est pas sans créer de difficultés. En effet, une société peut avoir plusieurs établissements d'égale importance et comportant également de multiples directions administratives et financières. Face à ces situations complexes, n'est-il pas plus approprié de regarder le centre de décision des sociétés comme élément moteur de la définition de leur siège social ? Le professeur POHÉ-TOKPA s'était posé la question[8]. L'auteur propose une réponse qu'il nous semble devoir manier avec prudence. Il soutient une réponse affirmative en mettant en avant que le centre de décision « présente l'avantage d'être unique même lorsqu'il s'agit d'une société appartenant à un groupe »[9]. Suivant cette approche, le siège social d'une filiale serait situé au lieu où la société mère a son propre siège social, si c'est en ce lieu que se trouve le centre de décision de l'ensemble du groupe. Mais le risque est qu'à l'arrivée, aucune filiale des sociétés étrangères implantées dans l'espace de l'OHADA n'ait son siège social dans ledit espace ; il n'y aurait donc plus d'écran de la personnalité morale entre ces sociétés. Dans un tel cas de figure, où devraient se faire la déclaration de cessation des paiements de ces filiales, les significations à elles faites, les assignations à elles servies ? Sans remise en cause de l'écran de la personnalité morale, il serait quasi-impossible de répondre à ces questions.

Lorsque la société mère et sa filiale appartiennent à des espaces juridiques distincts, il convient de localiser leurs sièges sociaux respectifs dans l'espace juridique où chacune est immatriculée. De la sorte, une société immatriculée sous la dénomination « A » dans un espace juridique donné ne peut en principe s'opposer à ce qu'une autre société soit immatriculée sous la même dénomination « A » dans un autre espace juridique. Cela répond à la question de savoir si une filiale immatriculée dans l'espace de l'OHADA peut avoir une dénomination sociale identique à celle de sa société mère appartenant à un autre espace juridique. Toutefois, le problème ne semble pas vraiment se poser dans un groupe de sociétés ; la société mère ne voyant généralement pas d'inconvénient à ce que ses filiales arborent sa dénomination. Cela est plutôt perçu comme un avantage pour le rayonnement et la mise en avant de la grandeur du groupe[10] ; mais constitue en même temps une remise en cause de l'écran de la personnalité juridique qui voudrait que deux sociétés, même membres d'un groupe, aient chacune sa propre vie juridique, à travers ses éléments d'individualisation. La CCJA a même eu à tirer des conséquences juridiques d'une telle remise en cause de l'écran de la personnalité morale entre sociétés appartenant à un même groupe. La juridiction suprême a en effet jugé en 2019 que : « Lorsque les sociétés d'un groupe ont un siège social unique, un même gérant, une localisation géographique identique, la signification d'un acte destiné à l'une d'elles et réceptionné par l'autre est considérée

[8] D. POHÉ-TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », *op. cit.*, pp. 1344-1379.
[9] *Ibidem*.
[10] Voir en ce sens : F. LEFEBVRE, *Mémento Pratique-Groupes de sociétés*, 2007-2008, n° 1679.

faite à personne »[11]. On l'aura remarqué, la notion de groupe de sociétés, telle qu'envisagée en droit OHADA des sociétés commerciales, semble contredire certains principes clés du droit des sociétés. Le principe de l'indépendance des personnes morales n'échappe pas à cet état de fait.

2. L'ébranlement de l'indépendance des personnes morales

L'indépendance des personnes morales appartenant à un groupe de sociétés trouve son point d'ancrage dans l'article 98 de l'AUDSCGIE qui dispose : « Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM (…) ». Cette indépendance est souvent rappelée par la CCJA[12] qui en fait un obstacle à la recherche de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales. Mais l'indépendance affirmée des sociétés membres d'un groupe est contestée par des auteurs qui y voient une source de paradoxe[13]. En effet, si l'indépendance juridique est un principe fondamental du droit des sociétés qui est effectif à l'égard des sociétés prises isolément, son application au groupe de sociétés se trouve contrariée. C'est en cela que les juristes allemands ont estimé qu'il n'y a pas d'indépendance dans le groupe de sociétés, dès lors que la dépendance économique y est la norme. Il n'est donc pas anodin que le droit allemand des groupes ait fait de la dépendance économique une notion centrale[14]. Mais le législateur OHADA ne semble pas avoir saisi cette réalité dans sa notion de groupe de sociétés. Ainsi, dans le groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales, l'indépendance juridique des sociétés dominées est contredite par la domination économique incontestable des sociétés dominantes qui place les premières citées dans une subordination économique inévitable. La concentration par la technique du groupe entraine l'établissement d'un rapport de domination entre les sociétés[15]. La technique de concentration que constitue le groupe de sociétés n'est pas en adéquation avec l'indépendance juridique des sociétés car c'est une technique qui suppose la subordination[16] économique des filiales.

Pour appréhender la relativité de l'indépendance de la filiale dans le groupe de sociétés, la domination économique est analysée au prisme de la relation qui existe entre un commettant et son préposé. La subordination économique de la filiale à sa mère est caractérisée par le manque d'autonomie d'action économique à l'image du préposé. Le préposé agit dans l'intérêt du commettant et ce dernier conserve la maitrise des opérations en fixant les objectifs et les moyens à mettre en œuvre[17]. Mais ne voit-on pas là les caractéristiques de la relation entre société dominante et société dominée dans un groupe ? La société dominée n'est-elle pas au service des intérêts du groupe qui se confondent avec ceux de la société dominante ? La société mère n'est-elle pas maitresse des opérations en fixant les objectifs du groupe ainsi que les moyens à mettre en œuvre ? Ces différentes questions peuvent avoir une réponse affirmative à partir du moment où, dans le groupe de sociétés, la filiale n'est qu'un simple entrepreneur intégré ou un agent de production. À l'instar de l'analyse réalisée par BOY[18], la domination économique doit être étudiée en étant placée à l'intérieur du processus de

---

[11] CCJA, 1re Ch., 18 juillet 2019, arrêt n°217/2019, affaire Société Addax Petroleum Maghena INC C/ Société BATI SERVICES ENTREPRISES.

[12] CCJA, 3e Ch., 2 juin 2016, arrêt n° 103/2016, affaire Société OLAM TOGO SARL C/ La Société VATEL SA ; CCJA, 1re Ch., 29 novembre 2018, arrêt n°239/2018 précité.

[13] R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique des sociétés », *LPA*, n° 94, 1996, p. 5.

[14] V. DESOUTTER, *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis des actes de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes*, Peter Lang, 2012, p. 162.

[15] Voir en ce sens : G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, 1982 ; G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance ; essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique,* LGDJ*,* 1986 ; G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Droit social*, n° 5, 1983, p. 301.

[16] A. ATIBACK, *L'abus des biens sociaux dans les groupes de sociétés*, L'Harmattan, 2007, p. 46.

[17] G. PINSONNEAULT, « Notion de commettant et de préposé en droit civil », *Les Cahiers de droit*, n° 1, 1954, pp. 77-94. Disponible sur https://doi.org/10.7202/1003646ar, consulté le 14 avril 2021 à 11h25.

[18] Voir en ce sens : L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français*, thèse, Université de Nice, 1979.

production, et non pas enfermée dans le cadre juridique apparent de rapports marchands entre entreprises autonomes[19]. Pour mener son analyse, l'auteur s'est appuyé sur les travaux d'un économiste sur la sous-traitance[20] et ceux d'un juriste relatifs au contrat de travail[21]. L'analyse de BOY a mis en lumière une mutation dans la fonction des entrepreneurs intégrés. Le vocable entrepreneur intégré désigne une entreprise membre d'une entité économique intégrée comme les groupes de sociétés. L'entité économique intégrée est une unité économique dans laquelle les différentes étapes de production, généralement réalisées par des entreprises distinctes, sont conduites les unes après les autres par différentes parties de la même unité économique. C'est l'exemple d'un groupe de sociétés dont les différentes filiales s'occupent chacune d'un niveau de production spécifique du même produit. Dans ce contexte, l'activité de ces filiales, leur objet social, n'est pas orienté vers la satisfaction de leur intérêt propre. Elles sont alors de simples entrepreneurs intégrés qui fonctionnent comme des chefs de personnel d'une division économique qui est rattachée au pôle dominant[22]. Dans leurs rapports avec le pôle dominant, ces filiales, entrepreneurs intégrés, ne sont pas en position de réaliser un échange, mais plutôt de subir un diktat[23]. On peut donc affirmer avec FARJAT que les rapports d'intégration qui naissent de la constitution des groupes de sociétés créent « une articulation et une subordination relatives entre entreprises »[24]. De ce fait, la situation d'entrepreneur intégré de la société dominée la fait passer de la sphère des échanges qui s'exprime juridiquement dans le droit commercial, à la sphère de la production. Dans la sphère de la production, il n'y a pas de rapports égalitaires. Les rapports sont marqués par une subordination des entrepreneurs intégrés aux pôles dominants. Les premiers ayant une situation proche de celle du préposé et les seconds une situation proche de celle du commettant. Ces rapports ne doivent pas pour autant être regardés comme devant relever du droit du travail. Dans la mesure où il s'agit de rapports nés d'une nouvelle organisation économique des sociétés commerciales, ils introduisent une figure nouvelle dans les rapports de production.

En outre, l'analyse de la subordination économique des filiales trouve aussi une expression particulière dans le groupe constitué à partir des techniques du droit des sociétés. Dans ce contexte particulier, la filiale peut être vue comme un agent de production au service de la société mère et sans vraie indépendance. Dans l'activité économique, l'agent de production est un ouvrier contribuant à la production industrielle. Il suit un mode opératoire défini en vue de réaliser une ou plusieurs opérations. L'agent de production ainsi présenté apparait comme un acteur de la chaine de production qui n'a aucune « substance autonomisatrice »[25]. Cela semble être la situation de certaines filiales dans les groupes de sociétés. La subordination du préposé résulte moins de l'inégalité économique entre lui et son commettant que du fait que le premier n'a pas d'autonomie. De même, ce qui importe dans la situation des sociétés dominées, c'est moins l'inégalité économique avec la société dominante que le fait que les premières citées soient privées de leurs substances autonomisatrices. Tout comme le préposé, une filiale dans un groupe peut se voir confier une tâche parcellaire de telle sorte qu'elle ne devient qu'une pièce d'un ensemble plus vaste, sans indépendance. Ces filiales sont de simples articulations dans tout un processus économique chapeauté par la société mère. Au sein des groupes de sociétés en droit OHADA, c'est le paradoxe entre la dépendance économique et l'autonomie patrimoniale qui permet à la société dominante de ne pas répondre des dettes de la société dominée tout en lui dictant son

[19] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 272.
[20] B. VENNIN, « Pratique et signification de la sous-traitance dans l'industrie automobile en France », *Revue économique*, vol. 26, n° 2, 1975, p. 305.
[21] COURTIS G., « La critique du contrat de travail chez Marx », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, T 12, 1967, p. 33.
[22] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, n° 626.
[23] *Ibidem.*
[24] G. FARJAT, *Droit économique*, *op. cit.*, p. 222.
[25] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 274.

comportement[26]. La dépendance économique renvoie à « l'absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre résultant de sujétions financières ou autres… »[27].

Au regard de ce qui précède, il est peut-être toujours possible de polémiquer sur l'existence ou non d'une dépendance juridique des sociétés dominées dans un groupe. Mais l'existence d'une dépendance économique de ces sociétés ne saurait être sérieusement remise en cause. Toutefois, le mérite de la structure sociétale de groupe sur cette question est qu'elle parvient à donner l'illusion d'une fusion entre indépendance juridique et dépendance économique. Toute chose qui renforce les incertitudes autour de certaines notions-cadres du droit des sociétés.

B. L'incertitude aggravée des notions-cadres du droit des sociétés

Les notions-cadres sont des notions juridiques englobantes faisant l'objet d'une indétermination et dont l'application passe nécessairement par une interprétation[28]. En d'autres termes, il s'agit de critères vagues, mais chargés d'évocation, dont le contenu est variable et évolutif. Sous cette acception, les notions d'« intérêt social » et de « contrôle » s'analysent en des notions-cadres du droit des sociétés commerciales. Si ces notions sont déjà marquées par leur imprécision, la notion juridique de groupe de sociétés, telle qu'envisagée dans l'AUDSCGIE, participe à renforcer l'incertitude qu'il y a autour d'elles. Ainsi, la notion de groupe de sociétés aggrave le ballottement de la notion d'intérêt social (1) et remet en cause celle de contrôle (2).

1. Le ballottement de la notion d'intérêt social

L'intérêt social est une notion essentielle du droit des sociétés qui conditionne la licéité de la plupart des décisions au sein des sociétés commerciales[29]. Cependant, l'intérêt social est une notion difficile à appréhender[30]. Un auteur parle même de « l'indéfinissable intérêt social »[31]. Il s'agit, en effet, d'une notion à un contenu variable. L'AUDSCGIE[32] et des décisions de justice[33] font mention du vocable intérêt social sans en donner de définition. C'est la doctrine qui a essayé de lui donner un contenu. L'analyse montre que les propositions tendant à donner un contenu à l'intérêt social s'articulent mal avec le groupe de sociétés ; en sorte que pour ces entités, l'intérêt social de groupe s'oppose à l'intérêt social propre de chaque membre. En droit de l'OHADA, l'analyse de la question de l'intérêt social par la doctrine a donné lieu à des prises de positions, pour ou contre des conceptions déjà élaborées en droit français[34] où la notion d'intérêt social fait toujours l'objet de controverses[35]. Les premières controverses opposaient deux points de vue.

L'intérêt social est de prime abord renvoyé à l'intérêt de la société en tant que personne morale distincte des personnes qui la constituent. Dans ce sens, l'intérêt social est perçu comme l'intérêt de la société en tant qu'il lui est propre et qu'il transcende

---

[26] J. PAILLUSSEAU, *La Société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 73 et ss.
[27] G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 11ème éd., PUF, 2016, p. 328.
[28] G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *op. cit.,* p. 1473.
[29] M. COZIAN et al., *Droit des sociétés*, 16ème éd., Litec, 2003, spéc., n° 431, p. 194.
[30] J. DJIGUEMDE, *L'aménagement conventionnel des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA*, L'Harmattan, 2018, p. 244.
[31] F. LEJEUNE, « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », *Droit. & patrimoine*, juin 1996, p. 60.
[32] Article 131 de l'AUDSCGIE.
[33] Voir en ce sens : Tribunal régional de Niamey, Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Ohadata J-04-78 ; Tribunal de grande instance de Mfoundi (Cameroun), Jugement civil n° 205 du 12 janvier 2004, Ohadata J-08-109 ; Tribunal de commerce d'Abidjan, Ordonnance de référé N° 061/13 du 08/01/2013, Affaire JUILLERAT Jean c/ BEUGRE Botha Julien ; Tribunal de commerce d'Abidjan, 19 fév. 2015, Affaire Messieurs Berthier Gilles et Simon Berthier C/ Luc Gianone.
[34] B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUDSCGIE de l'OHADA », *Penant* n° 859, juil-sept 2007, p. 338. Ohadata D-06-24.
[35] Voir notamment, D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCPE*, 1995, p. 361 ; A COURET., « L'intérêt social », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, p. 1 ; J-P. BERTREL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit. & patrimoine*, 1997, p. 45.

l'intérêt de ses associés ou actionnaires[36]. Dès lors, des décisions qui sont prises au sein d'une filiale et qui sont contraires à son intérêt social mais favorables à celui de la société mère seront perçues comme signe d'un manque d'autonomie de la filiale. Cette conception permet d'avoir un cloisonnement net entre l'intérêt social de la société dominée et celui de la société dominante dans un groupe. D'autres auteurs par contre conçoivent l'intérêt social comme l'intérêt commun des associés. Ils se fondent sur l'idée que « la société est constituée dans l'intérêt commun des associés : elle n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés qui ont, seuls, vocation à partager entre eux le bénéfice social »[37]. Cette conception pourrait porter à croire que l'intérêt social de la filiale détenue à 100% se confond avec celui de sa mère ; si bien qu'on est tenté d'en déduire que la filiale serait constituée juste pour satisfaire aux intérêts de la société mère. Mais il faut être mesuré relativement à cette approche qui, si elle est poussée trop loin, peut aboutir à une dénégation de l'existence d'un intérêt social propre aux sociétés dominées d'un groupe. Une partie de la doctrine en droit OHADA adhère à l'idée selon laquelle l'intérêt social renvoie à l'intérêt commun des associés. Ces auteurs considèrent que l'intérêt commun des associés se conçoit, même en dépit de la viabilité de la société[38]. Cependant, cette conception, comme la première, parait restreinte. Partant, ces deux premières conceptions de l'intérêt social ne facilitent pas la prise en compte de réalités propres au groupe de sociétés. Les limites des conceptions dites restrictives ont appelé une conception plus large de l'intérêt social qui prend en compte un plus grand nombre d'intérêts dans et autour de la société. Cette conception large est relativement récente et analyse l'intérêt social en parlant d'« intérêt de l'entreprise ».

L'intérêt social perçu comme intérêt de l'entreprise émerge avec le développement de la doctrine de l'entreprise[39]. De ce point de vue, c'est la somme des intérêts au sein de l'entreprise qui est insérée dans la notion d'intérêt social. Elle comprend les intérêts de toutes les parties prenantes de l'entreprise. Il s'agit, en plus des associés, des dirigeants, des travailleurs, des partenaires, des populations environnantes, du fisc, etc. On observe là un élargissement du contenu de l'intérêt social, sinon des intérêts qu'il recouvre. Ce sens large trouve écho favorable chez certains auteurs en droit OHADA. C'est le cas avec MEUKE selon qui « le juge africain devrait adopter une conception large de la notion d'intérêt social, seule capable de prendre en compte les intérêts des associés, le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle. L'intérêt social ici doit être identifié à celui de l'entreprise dans toutes ses composantes »[40]. Cette position peut être partagée car une conception large de l'intérêt social permet de limiter et de sanctionner les atteintes à l'autonomie décisionnelle des filiales au sein des groupes de sociétés. La critique contre cette conception de l'intérêt social est qu'elle embrasse trop large en prenant en compte les intérêts extérieurs à la société. Il a donc été suggéré de revenir à l'approche médiane des deux premières conceptions. L'approche médiane[41] envisage l'intérêt social en conciliant l'intérêt de la société et ceux des associés. Il s'agit de regarder l'intérêt social comme un concept pluridimensionnel. D'abord, la conception médiane invite à tenir compte du fait qu'à l'origine de la société se trouve la volonté des associés de créer une entreprise, ce qui leur accorde une « légitimité naturelle »[42]. Ensuite, vu que la société constituée s'institutionnalise et devient une personne morale autonome, il faut également tenir compte de l'intérêt de cette institution. Cela dit, l'approche médiane révèle des contradictions lorsqu'elle est envisagée dans le cas des sociétés membres d'un groupe. En effet, comment concilier l'intérêt d'une filiale en tant que personne morale et celui

[36] M. COZIAN, et al., *op. cit.,* p. 236, n° 409.
[37] D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *op. cit,* p. 361, n° 38.
[38] W. DJIGUEMDE, *L'aménagement conventionnel des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA*, *op.cit.*, p. 246.
[39] Voir en ce sens : C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise : sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, 368 p.
[40] B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSGIE de l'OHADA », *Penant* n° 859, juil-sept 2007, p. 338. *Ohadata D-06-24.*
[41] W. DJIGUEMDE*, L'aménagement conventionnel des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA*, *op.cit.*, p. 250.
[42] J-P. BERTREL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et Patrimoine*, avril 1997, pp. 42-47.

de la société mère en tant que personne qui l'a constituée, sachant que la filiale a été créée pour servir les intérêts du groupe. Cette préoccupation explique le besoin d'une évolution de l'intérêt social propre de chaque membre du groupe vers l'intérêt (social) de groupe. L'appréciation des liens qui unissent des sociétés groupées permet de se rendre compte qu'il existe entre elles un intérêt commun qui surpasse souvent l'intérêt propre de chaque société. On parle alors de « l'intérêt social de groupe »[43].

C'est le caractère modulable de la notion d'intérêt social qui permet de recevoir la notion d'intérêt de groupe. Tout comme l'intérêt social, la notion d'intérêt de groupe n'est pas sans complexité. On peut en cela remarquer qu'elle ne fait pas l'objet de définition légale, ni en droit français et allemand où elle est mieux connue[44], et encore moins en droit OHADA où elle est très peu connue. Il est toutefois possible d'apporter un éclairage sur l'intérêt de groupe à travers l'intérêt social, son concept source[45]. Pour ce faire, il n'y a pas lieu de revenir sur les oppositions doctrinales susexposées. Il suffit de mettre en lumière le nœud de ces oppositions pour pouvoir le défaire : nature contractuelle ou institutionnelle de la société commerciale ? Dans l'unité économique que forme un groupe de sociétés, les sociétés membres sont plus des contrats que des institutions. Il en est ainsi car le groupe lui-même n'est pas une institution. Il se rapproche plus d'un contrat dans lequel les sociétés dominées acceptent d'être sous l'emprise de la société dominante ; un ensemble organisé en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein duquel les individus acceptent de subir l'existence d'une autorité commune[46]. À ce titre, chaque membre ne peut y miser que ses intérêts propres ; il ne peut venir exposer les intérêts des personnes qui sont en rapport avec lui. En conséquence, l'intérêt du groupe doit s'entendre de l'intérêt commun des différentes sociétés membres du groupe. L'intérêt de groupe ne doit cependant pas être réduit à une somme arithmétique des intérêts sociaux des sociétés membres du groupe. On peut alors dire de l'intérêt social de groupe qu'il renvoie à l'intérêt supérieur de l'ensemble des sociétés qui appartiennent à un groupe donné. L'intérêt de groupe émane des différents intérêts sociaux en présence : celui de la société dominante et celui des sociétés dominées, qui en sont les sources[47] ; sachant que l'intérêt social de la société dominante constituera une source plus prononcée. Lorsqu'un groupe de sociétés se forme, une nouvelle entité nait. Cette nouvelle entité ne se confond pas avec la société dominante et les sociétés dominées qui la composent. C'est pourquoi le groupe de sociétés « se présente aux tiers comme une véritable unité organisationnelle au sein de laquelle s'agencent plusieurs sociétés qui, par l'exercice de leurs activités complémentaires, participent à la prospérité de l'ensemble du groupe. »[48]. On arrive ainsi à un déplacement du centre de gravité décisionnel vers la société dominante qui prétend vouloir maximiser le profit commun[49]. L'intérêt social de groupe s'analyse à l'aune des impératifs économiques auxquels sont soumis les groupes[50]. L'intérêt de groupe renvoie en ce sens à « la possibilité pour une société mère de prendre, ou de faire prendre à ses filiales, des décisions qui s'inscrivent dans une politique globale de groupe surpassant les intérêts particuliers des entités prises individuellement »[51]. La poursuite de l'intérêt du groupe permet à chaque société membre de réaliser son propre intérêt social. Mais la notion d'intérêt social étant elle-même imprécise, il est difficile

[43] *« Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ? »,* Rapport du club des juristes, Commission Europe, juin 2015, disponible sur https://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/rapport-vers-une-reconnaissance-de-linteret-de-groupe-dans-lunion-europeenne/, consulté le 4 novembre 2020 à 10h52.

[44] DESOUTTER V., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis des actes de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes*, *op. cit*., p. 192.

[45] F. MAGNUS, « Appréciation des contours de l'intérêt social : regard critique à travers les enseignements tirés des notions d'intérêt de groupe et d'avantages anormaux ou bénévoles », *RPS*, n°7057, 2011, pp. 324-400.

[46] P. BÉZARD et *al.*, *Les groupes de sociétés*, LITEC, 1975, p. 149.

[47] F. MAGNUS, *op. cit.,* pp 324-400.

[48] *Ibidem*.

[49] J. LÉAUTÉ, « La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires », *J.C.P.*, n° I, 1973, p. 2551.

[50] A. CATEL DUET, « Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », *Droit et société*, n° 67, 2007/3, pp. 615-629.

[51] « Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'union européenne ? », Rapport *précité*.

d'évaluer l'intérêt d'un groupe par rapport à l'intérêt propre de l'une de ses sociétés membres. À cet égard, il aurait été judicieux de reconnaitre le groupe comme « une organisation fortement structurée empreinte d'autorité, au service de l'assouvissement de buts propres »[52] à l'effet de lui admettre un intérêt propre qui servirait de curseur pour mieux apprécier les atteintes de la société mère à l'intérêt de sa filiale. Ainsi, lorsque l'intérêt du groupe n'a été qu'un prétexte pour que la société dominante utilise sa filiale à des fins illicites, la responsabilité de la première pourra être engagée[53].

Les juges dans l'espace OHADA peuvent s'émanciper des difficultés liées à la détermination des contours de l'intérêt social en reconnaissant au groupe le bénéfice d'un intérêt propre relié à ceux des sociétés qui le composent. Cette approche peut contourner les difficultés résultant de l'absence de personnalité juridique du groupe, en tenant compte de l'unité économique qui justifie sa création et son fonctionnement. Dans cette perspective, « l'intérêt de groupe est l'intérêt commun de l'ensemble des sociétés du groupe, qui s'intègre dans la prise en compte de l'intérêt social des sociétés du groupe et est arbitré ou imposé par la société mère »[54]. L'intérêt social de groupe correspondrait alors à une expression juridique de l'interdépendance des sociétés groupées. Laquelle interdépendance naît du contrôle des sociétés dominées par la société dominante. Mais que recouvre réellement la notion de contrôle dans le contexte du groupe de sociétés ?

2. La remise en cause de la notion de contrôle

La notion de contrôle est généralement utilisée par la doctrine pour caractériser la domination économique[55]. C'est en ce sens que le « contrôle » s'est imposé comme un élément fondamental de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA. Mais force est de reconnaître que le « contrôle » ne traduit pas fidèlement la domination économique qui existe dans les groupes de sociétés. Par-là, il y a une remise en cause de la notion juridique de contrôle, laquelle n'est pas adaptée au groupe de sociétés, au sein duquel les rapports entre la société dominante et la société dominée sont moins caractérisés par un lien de contrôle que par un lien de pouvoir. Un auteur soutient cette idée en affirmant que « la situation aurait été peut-être plus simple et moins ambiguë, si au lieu d'employer le terme d'origine anglaise de contrôle, (…), on avait utilisé celui de pouvoir qui exprime peut-être le mieux la réalité de ce que l'on veut analyser »[56]. Le contrôle « est défini comme le pouvoir d'exercer, directement ou indirectement, une influence dominante sur une société juridiquement indépendante »[57].

Il existe cependant des difficultés à clarifier ce que recouvre l'exercice d'une influence dominante en pratique. En effet, l'influence dominante peut renvoyer à plusieurs situations hétérogènes. Cela fait que l'existence du pouvoir de contrôle est établie sur la base de présomptions. En ce sens, selon les matières, le droit OHADA présente différentes hypothèses de contrôle. Cette imprécision autour de la notion de contrôle est source de contradictions dans la notion juridique de groupe de sociétés.

---

[52] S. OOSTVOGELS et D. BOONE*, « De l'intérêt social à l'intérêt de groupe en droit des sociétés : perspectives luxembourgeoises »*, in *Droit bancaire et financier au Luxembourg,* Larcier, 2004, vol. 3, pp. 1037-1068.

[53] E. MOUIAL-BASSILANA, « Quand l'intérêt de groupe ne permet pas de justifier un abus de biens sociaux », *BJS*, n° 4, avril 2017, p. 239.

[54] T. TILQUIN, « La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés », in *Les relations intragroupes* (O. DEBRAY et *al.*), Bruylant, 2004, p. 75.

[55] M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Revue des sociétés*, 1996, p. 385 ; J. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle », *JCP,* éd. E*,* 1986 ; J.-P. STORCK, « Le régime juridique applicable à une personne physique ou morale contrôlant une société », *Petites Affiches*, n° 88, 23 juillet 1986, p. 12.

[56] J. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle) », *JCP*, 1992, 1, n° 3578,

[57] F. MAGNUS, « La règlementation globale des groupes de sociétés en droit comparé et son impact pour les multinationales - Aperçu général », in *Les multinationales* (C. BRÜLS (dir)*, Larcier, 2012,* pp. 57-125.

La notion de pouvoir est plus apte que celle de contrôle à fonder une notion juridique cohérente de groupe de sociétés car elle a l'avantage de révéler l'existence d'un pouvoir économique que le droit classique des sociétés semble ignorer. Mieux, le pouvoir est la pierre d'angle du nouveau droit commun des sociétés[58]. En cela, les contradictions juridiques de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales pourraient être corrigées par la substitution du terme « pouvoir » à celui de « contrôle ». Il ne faut pas y voir un simple changement de terminologie. Il s'agit de faire preuve de réalisme en abandonnant la notion floue et limitée de contrôle[59] pour faire place à celle de pouvoir. En réalité, le contrôle n'est qu'une modalité du pouvoir. Ainsi, dans les relations au sein des groupes de sociétés, le pouvoir suppose certes le contrôle tel que défini plus haut, mais aussi l'autorité et la maîtrise des sociétés dominantes sur les sociétés dominées.

La domination économique est caractérisée par les mécanismes à base d'autorité. Au sein d'un groupe de sociétés, le sens premier de la domination économique est d'établir une relation d'autorité entre la société mère et ses filiales[60]. Le pouvoir de domination de la société mère s'exprime par plusieurs moyens d'intervention. Ces moyens d'interventions peuvent prendre la forme d'injonctions directes et légales comme les contrats de groupe. Ils peuvent souvent prendre la forme d'abstentions suggestives. Ce sont les situations dans lesquelles la société mère laisse, a priori, ses filiales libres de décider comme bon leur semble, mais leur fait dans le même temps des mises en garde par rapport aux décisions à prendre. Cela démontre que les groupes de sociétés sont des hauts lieux de domination économique où le pouvoir instaure une relation d'autorité entre sociétés. C'est l'une des données fondamentales de l'économie moderne qui permet de soutenir cette posture : l'existence des pouvoirs privés économiques[61]. L'existence de ces pouvoirs privés est corrélée à l'existence d'une domination économique. Or la domination économique débouche sur le transfert du pouvoir de décision de la société dominée vers la société dominante. On retrouve au sein des groupes de sociétés cette relation d'autorité qui se matérialise par le transfert du pouvoir de décision de la filiale vers la société mère. Dans cette relation d'autorité, la filiale est quasiment obligée d'exécuter des ordres de direction qui émanent de sa mère, même quand ces derniers lui sont préjudiciables.

Pour mettre en lumière la portée de la domination économique qui existe au sein des groupes de sociétés, l'approche plus globale du pouvoir au sein des groupes commande de considérer une troisième modalité du pouvoir qui correspond à la notion de maitrise[62]. La domination économique permet d'observer qu'au sein d'un groupe de sociétés, les filiales perdent la maitrise de leur destinée. Cette situation est caractérisée à travers le pouvoir dont dispose la société mère vis-à-vis de ses filiales. En considération de cette modalité, le pouvoir de la société mère peut être défini avec un auteur, comme le droit pour elle de disposer des biens de ses filiales comme un propriétaire[63]. Cette définition n'assimile pas le pouvoir à la propriété car le pouvoir y est présenté comme indirect. Il est indirect du fait que la personnalité morale des filiales s'oppose à ce que la société mère se déclare propriétaire de leurs biens. Mais elle peut, à tout le moins, disposer de ces biens comme un usufruitier qui a plus de pouvoir que ceux qui sont habituellement reconnus à un usufruitier au sens classique. Toutefois, la définition du pouvoir en référence à la propriété comporte quelque chose de réducteur. En effet, cette approche limite le champ du pouvoir au droit sur les choses. Or, le pouvoir au sein des groupes de sociétés confère une maitrise sur les choses mais aussi

[58] A. SAKHO, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, 2013/4, pp. 545-555.
[59] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 223.
[60] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, n°619 et s.
[61] L. MAVOUNGOU, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXXIII, n° 1, 2019, pp. 49-62.
[62] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, n° 674.
[63] J. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle) », *JCP*, 1992, 1, n° 3578.

une maitrise sur la gestion des personnes[64]. Ces différents niveaux de maitrise montrent bien que le pouvoir est un concept autonome. C'est la réflexion menée dans une perspective de droit économique qui permet de mettre en lumière cet enjeu fondamental qu'est le pouvoir au sein des groupes de sociétés. La maitrise comme modalité du pouvoir permet de voir d'un autre œil certaines opérations reconnues par le droit des sociétés. Par ce prisme, PAILLUSSEAU a pu découvrir que « l'enjeu de la cession de contrôle, de la cession de blocs de contrôle et des offres publiques, c'est le pouvoir »[65].

Le pouvoir au sein des groupes de sociétés correspond à la maitrise, par le biais de techniques juridiques tirées du droit des sociétés, des pouvoirs de gestion, de direction et d'organisation des sociétés dominées[66]. Pouvoirs de gestion, de direction et d'organisation ne sont pas des notions nouvelles. Elles sont assez connues en droit du travail. Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder. Il faut juste souligner que ces notions renvoient à l'ensemble des prérogatives dont jouit le chef d'entreprise pour diriger et conduire, en toute souveraineté, l'activité de la structure. Le groupe de sociétés pouvant être rapproché de l'entreprise, on dira que la société dominante dispose d'un pouvoir souverain de gestion, de direction et d'organisation de l'activité du groupe[67]. Dès lors, ce que le droit du travail désigne sous le vocable "pouvoir patronal" au sein d'une entreprise correspond au pouvoir économique au sein d'un groupe de sociétés. Le pragmatisme est donc de mise pour avoir une considération juridique stable et efficace de la domination économique qui permet de saisir de façon objective le lien entre la filiale et sa société mère qui va au-delà du simple contrôle. Pour ce faire, il y a lieu d'apprécier sainement la réalité économique des groupes de sociétés. Mais hélas, le concept de groupe de sociétés en droit OHADA s'oppose en plusieurs points à la réalité économique de ces entités.

II. Les oppositions entre réalité économique et notion de groupe en droit ohada des sociétés commerciales

Le droit des sociétés commerciales est l'une des rares disciplines du droit qui trouve sa voie dans un mouvement de la pratique vers le droit[68]. Cette idée trouve illustration avec les groupes de sociétés. En effet, la notion de groupe de sociétés est d'abord née de la pratique avant d'être formalisée par le droit. Ce sont en premier lieu les entreprises qui, dans leur besoin d'organisation et de développement, ont créé des liens de pouvoir, de contrôle et de dépendance entre elles, formant ainsi des groupes de fait ; bien avant que le droit ne vienne en second lieu les reconnaitre et les encadrer. Cependant, la reconnaissance juridique des groupes de sociétés ne semble pas avoir été suffisamment élaborée, notamment en droit OHADA des sociétés commerciales ; en telle manière que l'on peut y observer une division entre droit économique et notion juridique de groupe de sociétés (B) ; laquelle division découle de la dualité artificiellement créée entre unité économique et diversité juridique du groupe de sociétés (A).

A. La dualité entre unité économique et diversité juridique du groupe de sociétés

Il arrive aux juristes de se demander pourquoi le législateur ne reconnait pas simplement la personnalité juridique aux groupes de sociétés comme il a pu le faire

[64] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, n° 675.
[65] *Ibidem.*
[66] A. CATEL DUET, « Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », *Droit des sociétés*, n° 67, 2007/3, pp. 615-629.
[67] *Ibidem.*
[68] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., LGDJ, 2023, p. 35.

pour le GIE[69]. Pour essayer d'apporter une réponse à cette préoccupation, l'on peut mettre en avant la tension qui existe en droit des groupes de sociétés, entre l'unité économique et la diversité juridique. D'une part, le groupe de sociétés est une entité économique unifiée au sein de laquelle les décisions et les activités sont coordonnées par la société dominante. D'autre part, chaque société membre du groupe est censée conserver son indépendance juridique. Plutôt que de concilier ces deux faces du groupe de sociétés, le plus simple pour le législateur consiste à entretenir la dichotomie en faisant fi de la domination économique qui existe au sein du groupe (1) ; ce qui permet de soutenir subrepticement l'inexistence juridique du groupe de sociétés (2).

1. La négation de la domination économique au sein du groupe de sociétés

La notion actuelle de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales suggère que les liens qui sont établis entre la société mère du groupe et les autres sociétés affiliées sont simplement de nature à permettre à la première citée de contrôler les autres. Le contrôle lui-même étant entendu comme la détention effective du pouvoir de décision au sein de l'entité contrôlée. Comme démontré plus haut, cette conception de la nature des rapports qui existent entre une société mère et les autres sociétés du groupe ne reflète pas la réalité économique des groupes de sociétés. En effet, parler de contrôle des sociétés mères sur leurs filiales dans le cadre d'un groupe de sociétés paraît comme un euphémisme ; sinon une négation de la réalité, quand l'on sait qu'au-delà du contrôle, il s'agit en réalité d'une domination de la société mère du groupe sur les autres.

La domination de la société mère du groupe recouvre l'idée de pouvoir[70] dont nous avons parlé précédemment. Or le pouvoir suppose l'existence d'une autorité qui l'exerce sur des sujets. Ainsi, le principal instrument de domination dans le groupe de sociétés est l'autorité que la société dominante exerce. Le sens et la portée de l'autorité et de la maitrise comme modalités du pouvoir au sein des groupes de sociétés ont déjà été clarifiés plus haut dans l'analyse. Il s'agira donc ici de mettre l'accent sur leur manifestation concrète. Cela dit, l'exercice de l'autorité économique par la société dominante peut porter sur la maitrise des valeurs concurrentielles des autres sociétés du groupe et la maitrise de leurs organes légaux. La notion de valeurs concurrentielles a été dégagée par LE MOAL[71]. Les valeurs concurrentielles peuvent être appréhendées comme des moyens spécifiques que toute unité économique met en œuvre pour remplir sa fonction concurrentielle[72] dont le but est de s'assurer une situation privilégiée à l'égard de la clientèle. Les valeurs concurrentielles sont importantes car « la clientèle se détermine, dans ses choix, en fonction d'un certain nombre d'attraits, parfois composés de facteurs (…) qu'elle trouve dans l'entreprise »[73].

Au sens juridique, les valeurs concurrentielles sont des biens. Elles sont une caractéristique de l'économie fondée sur le consumérisme, l'innovation permanente et la recherche effrénée de la clientèle. De ce constat, le Professeur SAKHO déduit une hypothèse intéressante : « Toute entreprise, quelle qu'elle soit, se caractérise essentiellement et nécessairement par la mise en œuvre de valeurs concurrentielles ayant pour objet d'attirer la clientèle et donc d'assurer à l'entreprise son autonomie et sa permanence sur le marché. Telle est la fonction par exemple des marques ou brevets, de la situation ou de l'agencement d'un magasin, de la publicité… »[74]. Un élément clé qui ressort de cette hypothèse est que les valeurs concurrentielles participent de

[69] D. POHÉ-TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », *op. cit.*
[70] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, Karthala et Consortium pour la Recherche Économique et Sociale, 2010, p. 264.
[71] R. LE MOAL, *Droit de la concurrence*, Economica, 1979, p. 25.
[72] E. LEVY, « La transition du droit à la valeur », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, p. 42.
[73] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 265.
[74] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 265 et s.

l'autonomie des entreprises. Ainsi, une maitrise aux fins de domination peut être exercée sur ces valeurs.

Dans le groupe de sociétés à base contractuelle, la société dominée se dépouille de son indépendance en se soumettant à la société dominante sur la base de stipulations contractuelles. Ces stipulations portent principalement sur les moyens que la filiale met en œuvre pour assurer sa fonction concurrentielle. La visée première est que la société dominée utilise les valeurs de la société dominante. Dans un tel contexte, il va sans dire que la filiale ne perd pas que son autonomie de gestion ; elle perd aussi son indépendance et son identité propre aux yeux de la clientèle. La domination par la maitrise des valeurs concurrentielles est assez subtile parce qu'elle ne nécessite pas une appropriation privée de tous les éléments d'exploitation de l'entreprise. La seule maitrise des moyens matériels ou des moyens intellectuels d'exploitation suffit à y exercer le pouvoir. L'exercice de l'autorité économique implique donc que les pouvoirs détenus par les sociétés dominantes sur les sociétés dominées dans les groupes sont des pouvoirs au même titre que les droits économiques que confèrent les parts d'associés dans la société commerciale. En ce sens, la domination économique se traduit également par la maitrise des organes légaux de la société dominée.

Tout comme les valeurs concurrentielles, le titre d'associé est un droit conférant le pouvoir dans la société commerciale[75]. Les titres sociaux de l'associé (actions ou parts sociales) lui donnent un pouvoir plus ou moins important dans la participation à la vie sociale, aussi bien au niveau des résultats qu'au niveau des délibérations décisionnelles[76]. Dans le rapport de domination au sein des groupes de sociétés, deux éléments sont à distinguer relativement aux titres sociaux. L'un concerne l'accumulation du pouvoir économique par la détention de la majorité des droits de vote. L'autre est relatif à l'exercice effectif du pouvoir économique accumulé à travers la maitrise des organes légaux de la société. Seul le second est analysé ici. La maitrise des organes légaux de gestion, en tant que moyen pratique d'exercice de l'autorité économique de la société dominante, va au-delà du simple aspect formel de la détention majoritaire des droits de vote dans la société dominée. Elle suppose, au fond, une direction implicite de la société dominée par la société dominante. Le pouvoir de contrôle d'un associé (majoritaire) sur la société est limité par le pouvoir décisionnel qui est propre à l'assemblée générale[77]. En principe, l'associé majoritaire (cas d'une société mère) ne peut donner des instructions directes relatives à la gestion de la société. Mais dans la pratique, dans les relations de groupes, la société mère peut accaparer les pouvoirs décisionnels au sein de sa filiale. De la sorte, la société mère peut réussir à maitriser toute la direction légale de sa filiale[78]. Cela n'est pas scandaleux en soi mais démontre un défaut d'adaptation du droit à la réalité des groupes. Cette direction de fait de la filiale par sa mère, qui va de soi du point de vue économique, n'est pas reconnue par le droit. Elle contredit le principe de la répartition du pouvoir au sein des sociétés commerciales[79]. Cela favorise une sorte de dépendance factuelle des dirigeants de la filiale à la société mère. Ce lien de dépendance s'établit principalement par l'autorité que la société dominante a sur les dirigeants de sa filiale à travers la pression psychologique que constitue le risque de révocation. En outre, certains régimes particuliers prévus par les rédacteurs de l'AUDSCGIE favorisent la direction implicite de la filiale par la société mère. Le droit de révocation des dirigeants de la filiale offre à la société dominante la possibilité de dépasser ses prérogatives d'associés en menaçant de révocation les dirigeants qui refusent d'exécuter ses directives concernant la direction d'une société dominée. Il est possible de considérer

[75] Voir en ce sens : Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes, Bruylant, 2014*.
[76] S. DIOMANDÉ, *Regards sur les fonctions attribuées au capital social - Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'OHADA et le droit français des sociétés,* thèse, Université Caen Basse-Normandie, p. 98.
[77] P. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, thèse, Université Paris-Est*, 2015,* p. 117.
[78] Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, 9e éd., LGDJ, 2003, n° 581.
[79] P. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, *op. cit*., p. 118.

que la menace de révocation ou la révocation des dirigeants de la filiale par la société mère sont des abus. Cependant, il n'est pas évident que les juges puissent objectivement contrôler le caractère abusif ou non de la révocation d'un dirigeant de filiale, sans s'ingérer exagérément dans la gouvernance de ces sociétés[80]. Qu'il s'agisse d'une révocation pour juste motif ou d'une révocation ad nutum, le pouvoir de révocation des dirigeants est quasi discrétionnaire. La révocation ad nutum, encore appelée la libre révocabilité, est celle où « le dirigeant social peut être renvoyé à tout moment sans motif, ni préavis, encore moins d'indemnités »[81]. La révocation ad nutum s'opère principalement dans la société anonyme. En clair, dans la SA avec conseil d'administration, elle est possible pour les administrateurs[82], le président du conseil d'administration[83], le président-directeur général[84], le président directeur général adjoint[85] et le directeur général[86]. L'administrateur général[87] et l'administrateur général adjoint[88] sont aussi révocables ad nutum dans la SA avec administrateur général. La révocation ad nutum est une règle d'ordre public, si bien que toute clause contraire est réputée non écrite. Quant à la révocation pour juste motif, elle n'a pas été légalement définie. Le vocable juste motif vient du latin « justa causa », qui veut dire « raison de nature à justifier une décision »[89]. La révocation pour juste motif peut donc s'entendre comme une révocation qui doit être fondée sur des raisons valables et objectives sous peine d'allocation de dommages-intérêts au dirigeant révoqué[90]. Mais la révocation pour juste motif ne saurait freiner des associés qui souhaitent éjecter un dirigeant qui n'est pas « docile ». En effet, si une société mère veut se débarrasser d'un dirigeant de sa filiale qui constitue un obstacle à la mise en œuvre de la politique du groupe, elle ne craindra pas d'avoir à payer des dommages-intérêts pour révocation abusive ; dans la mesure où elle parvient à se débarrasser du dirigeant gênant[91].

Hormis la libre disposition du droit de révocation, l'autorité de la société mère sur le dirigeant de sa filiale peut se traduire par l'existence d'un contrat de travail entre ce dirigeant et la société mère. Dans un tel cas de figure, l'autonomie du mandat social de ce dirigeant est potentiellement compromise. En ce sens, la Cour de cassation française a pu reconnaitre l'existence d'un lien de subordination entre le dirigeant d'une filiale et la société mère de cette dernière. La subordination de ce dirigeant dans le cadre de l'exercice de son mandat social a été caractérisée par le fait que l'intéressé « reçoive de la société mère des directives pour l'exécution de son mandat et qu'il soit tenu de rendre compte aux dirigeants de celle-ci de toute question importante tenant à l'exercice de ses fonctions de mandataire au sein de la filiale »[92]. Ce mécanisme du dirigeant-salarié permet à la société mère d'exercer une influence déterminante dans la gestion de la filiale. Cette domination économique avérée de la société dominante au sein des groupes de sociétés est en contradiction avec le refus de leur reconnaitre une existence juridique.

---

[80] V. MAGNE FOSSO, *L'intervention du juge dans le fonctionnement de la société commerciale en droit de l'OHADA*, thèse, Université Côte d'Azur, 2020, 468 p.

[81] A. DIONE, « La révocation des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée à la lumière de l'acte uniforme relatif le droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique », *EDJA* n° 54, juillet- septembre 2002, p. 55.

[82] Article 433 de l'AUDSCGIE.

[83] Article 484 de l'AUDSCGIE.

[84] Article 469 de l'AUDSCGIE.

[85] Article 475 de l'AUDSCGIE.

[86] Article 492 de l'AUDSCGIE.

[87] Article 509 de l'AUDSCGIE.

[88] Article 515 de l'AUDSCGIE.

[89] G. CORNU, *op. cit.,* p. 593.

[90] Articles 475 alinéa 2 ; 492 alinéa 2 ; 509 alinéa 2 et 515 alinéa 2 de l'AUDSCGIE.

[91] Voir sur ce point : CCJA, 3e chambre, 25 novembre 2021, arrêt n° 210/2021, affaire MOUSSA SERIFOU C/ La société PERSEUS YAOURE SARL ; La Société AMARA MINING (Côte d'Ivoire) LIMITED ; La société PERSEUS MINING LIMITED.

[92] Chambre sociale de la Cour de cassation française, *Arrêt Klaine* du 2 octobre 1991, RJS 11/91, n° 1252, JCP, 1993, Obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN.

2. L'inexistence juridique injustifiée du groupe de sociétés

La formation d'un groupe de sociétés permet de mener une activité économique globale tout en morcelant juridiquement les risques y afférents par la création de plusieurs structures juridiques autonomes[93]. Ainsi, l'entreprise qui doit s'identifier, en principe, à une société, se trouve divisée en plusieurs sociétés. De là nait un autre aspect de la dualité qui existe entre l'unité économique et la diversité juridique que forme le groupe de sociétés. Dans la notion juridique de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales, cet aspect est cristallisé par l'inexistence juridique du groupe. Or, le groupe de sociétés est une personne en puissance à laquelle la reconnaissance d'une personnalité morale, même limitée, ne serait pas inutile. Le groupe permet donc aux entrepreneurs de faire une manipulation consistant à scinder le fonctionnement d'une entreprise en plusieurs sociétés indépendantes sur le plan juridique mais étroitement liées sur le plan économique. Dans ce contexte, le groupe de sociétés se présente comme une unité économique[94] dont l'existence juridique peut être admise. En effet, l'unité économique formée par le groupe devrait se traduire juridiquement par l'attribution à lui de la personnalité juridique. Ainsi, c'est à tort que la notion du groupe de sociétés en droit OHADA estime que ces entités ne méritent pas d'avoir la personnalité juridique. Cette posture résulte clairement d'une mauvaise prise en compte par le droit des réalités économiques et des liens de pouvoirs au sein des groupes de sociétés.

Certains auteurs soutiennent que le groupe n'est pas un concept mais plutôt un ensemble de situations disparates et réfractaires à la systématisation[95]. Mais cette inexistence juridique du groupe semble devoir être dénoncée. Et une partie de la doctrine allemande n'a pas manqué de le faire. Ceux que l'on a nommés les tenants de la théorie de l'unité[96] déduisaient de l'unité économique formée par le groupe de sociétés des effets juridiques plus ou moins complexes. Ils considéraient le groupe comme une entreprise complexe formée de plusieurs entreprises, pour en déduire son existence juridique. La personnalité morale[97] est une construction juridique, un instrument de technique juridique qui permet à un groupement animé d'un intérêt propre d'exister juridiquement. En ce sens, plusieurs arguments tirés de la comparaison peuvent permettre de remettre en cause le refus de reconnaître l'existence juridique du groupe de sociétés en droit OHADA. La comparaison se fera par rapport à l'entreprise.

La définition de l'entreprise qu'ont adoptée les juristes est éminemment économique. À défaut de décision dans l'espace OHADA, cette idée peut trouver illustration avec l'arrêt du 13 juillet 1962 de la Cour de justice de la communauté européenne[98]. Cet arrêt définit l'entreprise comme « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant, d'une façon durable, l'exercice d'une activité économique déterminée avec le souci de dégager un rendement positif ». Suivant cette définition, la société (vocable plus employé par les juristes) est le support juridique[99] qui porte l'entreprise, qui est elle-même un point de rencontre d'intérêts multiples. En prenant appui sur cette définition, chaque branche du droit donne une portée spécifique à la notion d'entreprise. Pour le droit fiscal, l'entreprise est plus conçue comme un objet de droit qu'un sujet de droit.

---

93 V. DESOUTTER, *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis des actes de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes*, Peter Lang, 2012, p. 26.
94 B. MERCADAL et P. JANIN, *Droit des affaires - les sociétés commerciales*, Memento pratique, éd. Francis Lefebvre, 1990, n° 3335.
95 B. OPPETIT et A. SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. Sociétés,* n°25, 1973, p. 577.
96 Voir en ce sens : V DESOUTTER., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis des actes de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes*, Peter Lang, 2012, p. 46.
97 D. POHÉ-TOKPA, *op. cit*., pp. 1344-1379
98 Cour de justice de la communauté européenne, arrêt du 13 juillet 1962, Affaire 19/61, Mannesmann AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier ; disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A61961CJ0019; consulté le 18 novembre 2018 à 11h40.
99 M-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, p. 319, n° 764.

Elle y est perçue dans une approche patrimoniale qui a l'avantage de répondre au besoin de perception de l'impôt[100]. En revanche, en droit du travail, ce n'est pas une approche patrimoniale de l'entreprise qui est retenue ; la conception de l'entreprise dans cette matière tient particulièrement compte des éléments économiques et sociaux. C'est pourquoi en droit du travail, l'entreprise est un sujet de droit qui joue le rôle d'employeur dans le contrat de travail[101]. Relativement au droit de la concurrence, l'entreprise y est définie, en considération de son pouvoir sur un marché pertinent, comme un acteur qui participe aux activités économiques et concurrentielles[102]. Au-delà de ces approches variées de la notion d'entreprise en droit, force est de reconnaitre qu'aucune d'elles n'exclut l'idée de société commerciale. Un groupement de sociétés commerciales peut dès lors constituer une entreprise, c'est-à-dire une unité économique de production et/ou de distribution de biens et services[103]. La déduction par syllogisme étant le mode de raisonnement le plus connu des juristes contemporains[104], il est intéressant d'y recourir. Une série de syllogismes peut donc servir à démontrer que le groupe de sociétés n'est pas si différent de l'entreprise ; et qu'à ce titre son inexistence juridique ne résiste pas à l'analyse. D'abord, l'entreprise est une organisation purement économique. Or le groupe de sociétés est le produit de la concentration qui est elle-même un processus économique basé sur le développement de l'économie de marché. Dès lors, il est indéniable que le groupe de sociétés est, comme l'entreprise, une organisation purement économique. Ensuite, l'entreprise poursuit toujours l'exercice d'une ou de plusieurs activités économiques. Or, le groupe de sociétés n'est pas constitué pour exercer une activité de charité. Il est bien question de procéder à une concentration de sociétés pour réaliser ensemble une ou plusieurs activités de production et/ou de distribution de biens et de services. En conséquence, le groupe de sociétés est une entreprise. Enfin, l'entreprise veut toujours dégager un rendement positif[105]. Or, le groupe de sociétés est principalement constitué pour maximiser les profits. Comme le souligne le professeur SAKHO, « le souci de réduire les couts de production en vue d'obtenir le maximum de profit est constant »[106] dans les groupes de sociétés. À cet égard, le groupe de sociétés s'apparente encore à l'entreprise.

Du point de vue définitionnel, il est évident que les notions d'entreprise et de groupe de sociétés se rapprochent. Ce rapprochement est encore plus perceptible quand le groupe de sociétés est regardé au prisme des caractères de l'entreprise. Les justifications économiques de l'entreprise sont nombreuses et variées. Les objectifs économiques tels que l'économie d'échelle, l'acquisition de nouveaux marchés et les synergies sont souvent mis en avant. Ces mêmes justifications sont également avancées pour expliquer la formation d'un groupe de sociétés. De même, parler des caractéristiques de l'entreprise et parler des caractéristiques du groupe de sociétés reviendrait à parler des mêmes choses. L'entreprise se caractérise principalement par une indépendance économique que l'on retrouve facilement chez un sujet de droit comme la société commerciale ou chez une entité économique dépourvue de la personnalité juridique comme le groupe de sociétés[107]. Plusieurs autres caractéristiques de l'entreprise peuvent être retrouvées au niveau du groupe de sociétés. Pour le remarquer, il faut nécessairement dépasser le cadre de l'analyse juridique formelle. L'analyse juridique formelle doit être dépassée car elle met essentiellement l'accent sur les découpages en personnalités morales distinctes. Ce qui ne permet pas de prendre

[100] T. TARROUX, « La notion d'entreprise », *JCP N*, n° 49, 2002, pp 1706-1708.
[101] M-L. MORIN, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, Vol. 144, n° 1, 2005, pp. 5-30.
[102] Voir en ce sens : L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, LexisNexis, 2003, p. 17.
[103] J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : Nouveaux apports* (J. JUGAULT), Economica 1987, p. 11 et ss.
[104] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 50.
[105] I. TCHOTOURIAN et M. MORTEO, *L'entreprise à mission sociétale. Analyse critique et comparative du modèle*, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 5.
[106] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.,* p. 117.
[107] *Ibidem,* p. 231.

en compte la complémentarité et l'interdépendance des activités des sociétés groupées[108]. Lorsque ces éléments sont pris en compte, on voit plus facilement le rapprochement entre le groupe de sociétés et l'entreprise. Le groupe de sociétés peut effectivement être tenu comme une entreprise unique. Le fait que l'entreprise ne dispose pas de la personnalité juridique n'est pas un obstacle à cela. Le droit commercial reconnait les notions de fonds de commerce[109] et de sociétés. Ces notions servent bien à rendre compte des éléments patrimoniaux de l'entreprise. Mais face aux évolutions issues de la mondialisation, la notion de société ne peut pas rendre compte de la réalité des groupes. La notion d'entreprise peut permettre de pallier cette insuffisance. Mais si l'on refuse de voir les rapprochements entre groupes de sociétés et entreprises, ce serait comme si le droit des sociétés commerciales, étant « figé dans les notions du passé, n'était plus apte à remplir l'une de ses tâches essentielles, celle de réglementer avec efficacité, soit avec prise sur la réalité économique, la vie et la relation des grandes entreprises »[110].

La société incarne juridiquement l'entreprise[111]. À ce titre, lorsque la société se trouve rattachée par des liens de subordination économique à d'autres sociétés, il faut pouvoir considérer le groupe comme une entreprise unique ayant à charge de supporter le droit des créanciers. Ainsi, des sociétés juridiquement distinctes peuvent être regardées comme constituant un ensemble économique homogène, une entité économique, un groupe économique[112]. Lui attribuer la personnalité juridique ne serait donc aucunement une hérésie juridique, puisqu'on a pu le faire pour le groupement d'intérêt économique (GIE). Mais pour cela, et aussi pour lever les paradoxes de la notion actuelle de groupe de sociétés en droit OHADA, il faut d'abord surmonter le cloisonnement d'avec le droit économique.

B. Le cloisonnement entre droit économique et notion juridique de groupe de sociétés

La réception de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales présente un intérêt scientifique considérable pour la théorie générale du droit[113]. En effet, alors que les fondements du système juridique dans lequel s'inscrit l'OHADA supposent l'égalité entre les sujets de droit et les agents économiques, les rapports entre les sociétés membres d'un groupe sont caractérisés par la domination de l'une sur les autres. Cette contradiction explique en partie que la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales ne parvienne pas à couvrir les difficultés juridiques posées par les groupes. En réalité, cela vient de ce que la notion juridique de groupe de sociétés consacrée dans l'AUDSCGIE n'a été conçue qu'à partir du cadre du droit classique, en excluant le droit économique (1). Or, les groupes de sociétés, en tant que formations économiques caractérisées par la concentration des biens et le pouvoir privé, exigent une prise en compte du droit économique dans leur encadrement juridique (2).

1. L'exclusion contestable du droit économique par la notion juridique de groupe de sociétés

Les premières entreprises d'édification de la science juridique ont été faites en prenant

---

[108] Voir en ce sens : G. FARJAT, *Droit économique*, *op. cit.*

[109] Voir : J. GATSI et M. KAMAKO, *L'approche du fonds de commerce dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, 2006, 208 P.

[110] O. MACH, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Georg, 1974, p. 181.

[111] Voir en ce sens : L. KALONJI, « Droit OHADA des sociétés commerciales et financement de l'activité économique en Afrique », in *Droit et investissement - Mélange en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*, tome 1 : Droit substantiel, Éditions du CREDIJ, 2021, pp. 499-514.

[112] M. MBAYE, « Les groupes de sociétés dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), *Penant*, n° 848, 2004, pp 280-235.

[113] A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, n°590.

pour modèles les sciences exactes[114]. Cela a contribué à ancrer la science juridique dans un formalisme plus ou moins radical. Le formalisme en droit[115] se rapporte à des phénomènes qui sont difficiles à définir avec précision et à distinguer, mais que l'on retrouve de façon constante dans les méthodes et les pratiques de l'analyse juridique. CHAMPEIL-DESPLATS a pu mettre en lumière sept expressions du formalisme en science juridique[116]. L'une de ces expressions de l'analyse juridique formelle est la décontextualisation de l'analyse du droit. Suivant cet élément de formalisme, le droit n'est « étudié que pour lui-même sans considération du contexte de sa production, ni de ses fonctions ou effets politiques ou sociaux »[117].

En droit privé, une bonne réception de la relation de pouvoir qui existe au sein des groupes de sociétés suppose de s'affranchir de ce formalisme. Ainsi, le recours aux outils d'analyse du droit économique s'impose ici car cela permet de saisir un fait pertinent que les catégories juridiques n'arrivent pas à traduire correctement[118]. Parvenir à saisir les faits pertinents est une tâche consubstantielle aux sciences sociales. Comme toutes les autres sciences sociales, le droit est concerné par cette tâche. En effet, le droit retient toujours un fait pertinent pour chaque norme édictée. Ces faits peuvent être de toute nature. Il peut s'agir de référence morale comme dans la "faute". Il peut s'agir de modèles de comportement comme quand on parle de la notion de "bon père de famille". Ce peut être aussi des sentiments comme pour l'affectio societatis. Les faits substantiels sont donc au cœur du travail de qualification qu'opère le juriste. Ils assurent la liaison entre le vécu d'un rapport social et la représentation juridique qui en est faite. C'est pourquoi l'analyse substantielle en droit économique est d'un apport considérable[119] dans la définition juridique de la relation de pouvoir entre société dominante et société dominée au sein des groupes de sociétés.

Pour définir la relation de pouvoir qui existe entre une société dominante et celle qu'elle domine, il faut partir de la domination économique. Au sens économique, la domination est l'action d'assujettir ou de soumettre à un pouvoir[120]. C'est pourquoi dans les disciplines juridiques les plus proches de l'économie, une société est dite dominante lorsqu'elle se donne les moyens de définir les opérations stratégiques fondamentales d'une autre société[121]. Les premières investigations des économistes et des sociologues sur le phénomène de la domination économique remontent à une époque plus ou moins lointaine[122]. Ce n'est que plus tard que certains auteurs en droit vont se rendre compte que « la concentration entraine moins de diminution du nombre des entreprises et d'accroissement de leur taille, comme on le pensait, qu'établissement entre les entreprises de rapports de domination »[123]. Le critère déterminant de la concentration économique est donc celui de la domination. Les groupes de sociétés permettent alors de découvrir de véritables pouvoirs privés économiques. L'idée de pouvoirs privés économiques renvoie aux personnes privées qui se trouvent investies, d'une manière ou d'une autre, d'un pouvoir de décision unilatérale qui peut être comparé à celui des puissances publiques[124]. Les pouvoirs privés économiques font l'objet d'une reconnaissance par le droit. Cette reconnaissance s'exprime par la règlementation des rapports entre ces pouvoirs privés et les pouvoirs étatiques à travers

---

114 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, n°54.
115 *Ibidem*, p. 47 et ss.
116 Voir en ce sens : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 47 et ss.
117 *Ibidem.*
118 G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 1990, p. 9.
119 *Ibidem.*
120 A. SAKHO, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, 2013/4, pp. 545-555.
121 C'est le cas notamment en droit de la concurrence et en droit comptable.
122 Voir en ce sens : J. HOUSSIAUX, *Le pouvoir de monopole*, Sirey, 1958 ; F. PERROUX, *Pouvoir et économie*, Dunod, 1972 ; M. BAUER et E. COHEN, *Qui gouverne les groupes industriels - Essai sur l'exercice du pouvoir dans le groupe industriel*, Seuil, 1981.
123 Voir en ce sens : G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Revue droit social*, 1983, p. 301 ; G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, 334 p.
124 L. BOY, *Le cadre civil des affaires*, Economica, 1989, p. 67.

les instruments juridiques de l'économie concertée. La reconnaissance des pouvoirs privés économiques s'exprime particulièrement sur le plan international. Les tentatives de réglementation à l'échelle internationale de l'activité des entreprises multinationales participent à la reconnaissance des pouvoirs privés économiques[125].

L'apport de l'analyse économique du droit est indéniable car « la première manifestation des pouvoirs privés économiques a d'abord été analysée dans une perspective micro-économique : le contrat d'adhésion »[126]. C'est de là que l'on est parti pour aboutir aujourd'hui à une reconnaissance explicite des pouvoirs privés économiques à travers l'incrimination de l'abus de dépendance économique dans certains ordres juridiques[127].

La notion de groupe de sociétés dans l'AUDSCGIE n'est pas assez explicite sur la reconnaissance des pouvoirs économiques privés en droit des sociétés de l'OHADA. Ce qui caractérise généralement le groupe de sociétés, c'est l'existence d'un centre de décision commun qui permet à la société mère de dicter leur comportement aux filiales. Cela traduit un véritable pouvoir unilatéral de décision dont la société mère est dépositaire[128] mais qui malheureusement n'est pas pleinement reconnu dans la notion de groupe de sociétés telle qu'admise dans l'AUDSCGIE. La domination économique comme critère de la qualification du pouvoir au sein des groupes de sociétés permet de mener une analyse systémique. Cette analyse révèle que la notion de pouvoir peut être la réponse aux problèmes de responsabilité posés par les groupes de sociétés. En effet, le droit économique à travers la notion de pouvoir comporte les leviers utiles à l'émergence d'une notion de groupe de sociétés en accord avec la réalité économique de ces entités.

2. La nécessité d'une notion juridique de groupe de sociétés fondée sur le droit économique

Tout en nous gardant de proposer une énième définition du droit économique, nous proposons de l'entendre ici simplement comme « l'ensemble des règles de droit, d'où qu'elles proviennent, qui permettent au droit d'appréhender les phénomènes économiques, les rapports économiques »[129]. Pris en ce sens, le droit économique a le double avantage d'offrir des grilles de lecture aux problèmes juridiques du temps présent et de permettre une reconstruction de notions comme celle de groupe de sociétés[130]. STORCK avertissait sur la difficulté à « instituer une règlementation cohérente des groupes de sociétés si l'on ne parvient pas au préalable à unifier le concept de contrôle sur lequel repose tout l'édifice ». Les paradoxes exposés dans la présente étude relativement à la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales tiennent à ce que l'on a manqué de réconcilier le concept de contrôle avec la réalité économique des groupes. En effet, une notion cohérente du groupe de sociétés commande de prendre en compte le droit économique, lequel offre des éléments intéressants d'appréciation de la domination économique qui caractérise les groupes de sociétés. Dans cette perspective, nous analyserons ici comment la notion de pouvoir pourrait contribuer à l'élaboration d'une notion de groupe de sociétés plus cohérente. Nous avons précédemment parlé de la remise en cause de la notion de contrôle comme pierre d'angle de la notion de groupe de sociétés en faisant ressortir que le contrôle n'est qu'une modalité du pouvoir. Mais qu'est-ce que le droit économique révèle du pouvoir qui puisse permettre que cette notion puisse assurer

[125] G. HAMILTON, *Effets et limites des codes de conduite internationaux*, PUF, 1984, p. 50.
[126] G. FARJAT, *Droit économique*, *op. cit*., p. 378.
[127] L. BOY, *Le cadre civil des affaires*, *op. cit*, p. 80.
[128] O. BAILLY et P. DURAND-BARTHEZ, « De la complexité de la gouvernance de groupe », *Revue d'économie financière, n°* 130, 2018, pp 245-258.
[129] J-B. RACINE (dir), *Le droit économique aux XXIe siècle - Notions et enjeux*, LGDJ, 2020, p. 11.
[130] J-B. RACINE (dir), *Le droit économique aux XXIe siècle - Notions et enjeux*, LGDJ, 2020, p. 21.

une meilleure prise en compte juridique des groupes de sociétés ? Comment le droit des sociétés commerciales peut-il accueillir la notion de pouvoir ?

En doctrine, la notion de pouvoir soulève généralement une querelle de définition. La querelle ne porte pas sur la notion même de "pouvoir" mais sur celle de "droit subjectif". C'est dire que "pouvoir" et droit "subjectif" sont intimement liés dans la doctrine juridique. On comprend alors que SAVIGNY réduise le droit à « un pouvoir de volonté »[131] ; ou que RIPERT fasse du droit subjectif « un pouvoir égoïste »[132]. Pour employer un germanisme, on peut dire que la doctrine a pris l'habitude d'employer le vocable pouvoir comme un "Ersatz"[133] du mot droit (subjectif). Il s'agirait alors simplement d'éviter l'usage répétitif du mot droit dans la définition du droit subjectif. Pour définir le droit réel par exemple, le mot pouvoir nous évite de dire que « le droit réel est le droit dont dispose une personne sur une chose ». On dira simplement que « le droit réel est le pouvoir du sujet sur la chose ». Il en est de même pour le droit de créance. On dit simplement que c'est « le pouvoir d'exiger l'exécution d'une prestation quelconque à une personne ». Cela évite de s'embourber dans une formule empreinte de redondance qui dirait que « le droit de créance est le droit dont dispose une personne à l'égard d'une autre et en vertu duquel la première est en droit de réclamer l'exécution d'une prestation à la seconde ». Le vocable pouvoir ainsi employé ne permet pas de mettre en lumière la relation de pouvoir entre sociétés membres d'un groupe. L'usage doctrinal du vocable pouvoir n'étant pas pertinent dans notre contexte, il faut s'intéresser à l'usage du vocable en droit positif.

En droit positif, le terme pouvoir appelle plus l'idée de fonction[134]. Le vocable pouvoir est utilisé par diverses branches du droit. En droit des obligations, l'article 1984 du Code civil définit le mandant comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». En droit du travail, l'article 91 du Code du travail ivoirien reconnait à l'inspecteur du travail le pouvoir de pénétrer librement et sans avertissement dans tout établissement assujetti à son contrôle. À travers ces deux exemples, il est possible de remarquer que l'usage du mot pouvoir en droit positif évoque l'idée que celui qui exerce un pouvoir a en charge une mission. En effet, « le terme pouvoir évoque, en droit positif, toutes les situations dans lesquelles une personne exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif »[135]. Cela correspond, en certains points, à la situation de la société dominante au sein du groupe de sociétés. Toutefois, la théorie de la représentation ne saurait absorber entièrement la notion de pouvoir[136]. Les travaux du Professeur Abdoulaye SAKHO sur la notion de pouvoir en droit économique permettent de se rendre compte que le titulaire du pouvoir « dispose de la possibilité d'exprimer, par ses actes, un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques contraignants pour autrui »[137]. Dans cette veine d'idée, la domination économique est l'expression parfaite de l'exercice d'un pouvoir au sein du groupe de sociétés[138]. Pour le reconnaitre, il y a lieu de mettre à l'écart les obstacles à l'émergence du pouvoir en tant que prérogative autonome. Ces obstacles résident souvent dans la confusion entre pouvoir et représentation. Le titulaire du pouvoir peut être confondu avec le représentant. Mais ils sont différents. Dans le mécanisme de la représentation, le représentant n'a pas la faculté de contrainte ou d'édicter des normes contraignantes pour autrui. Or le titulaire du pouvoir le peut. Dans un groupe de sociétés, une société mère dispose de moyens de contrainte à l'égard de ses filiales. Elle peut édicter des

131 F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tome 1, Librairie Firmin Didot Frères, 1859, pp 326-327.
132 G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 122.
133 Il s'agit d'un mot allemand qui désigne un produit utilisé pour en remplacer un autre.
134 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 9.
135 A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 275.
136 E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 48.
137 A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.* n° 639.
138 F. MARTY et P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, 2013/4 pp. 579-588.

règles de comportement qui vont s'imposer à ses filiales. On peut à titre d'exemple citer les programmes de compliance[139] au sein des groupes de sociétés.

Le pouvoir est donc une prérogative juridique autonome. À l'instar des prérogatives juridiques, le pouvoir confère à son titulaire une prédominance, un avantage sur autrui. Au sein d'un groupe de sociétés, la société mère, détentrice du pouvoir, peut faire prévaloir ses décisions. Elle peut trancher les situations juridiques en imposant ses décisions à ses filiales. La société mère, en tant que titulaire du pouvoir au sein du groupe, s'identifie au décideur que décrivent les économistes[140]. Du point de vue juridique, la décision de la société mère qui s'impose aux filiales s'analyse comme un acte juridique unilatéral. La notion de pouvoir est une notion centrale du droit économique. Un auteur la décrit comme le ciment du droit économique[141]. À ce titre, le droit des sociétés moderne ne peut éluder la notion de pouvoir. Le risque est celui d'un décalage entre réalité des relations économiques et théorie juridique des sociétés.

En définitive, les paradoxes indéniables que comporte la notion juridique actuelle de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales résultent en partie d'un trop grand conservatisme conceptuel qui n'a pas permis de prendre en considération le droit économique et partant la réalité économique ; alors que ce domaine offre de belles pistes pour une règlementation cohérente des groupes de sociétés. Dans la quête de résolution des paradoxes de la notion de groupe de sociétés en droit OHADA des sociétés commerciales, force sera de reconnaître que l'analyse juridique formelle ne saurait aider à l'éclosion d'une notion cohérente des groupes de sociétés. C'est là qu'intervient l'apport du droit économique, dans la mesure où le droit des affaires ne peut vraiment se démarquer de l'économie[142]. Avec le droit économique, il s'opère un dépassement de l'analyse formelle du droit dont l'un des bénéfices pourrait être une réglementation d'ensemble des groupes de sociétés qui, jusque-là, est présentée comme une gageure.

[139] Voir en ce sens : E. PLANE, « Le droit de la compliance : quel bénéfice pour l'entreprise ? », in *Tétranormalisation : profusion des normes et développement des entreprises* (H. SAVALL), EMS Éditions, 2020, pp. 174-183 ; E. BREEN, « La compliance, une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, 2019, pp. 327-331.
[140] E. GAILLARD, *op. cit.,* p. 138.
[141] Voir en ce sens : M. SALAH, « Le pouvoir économique et le droit », *Revue internationale de droit économique*, n° 4, 2013, pp. 475-490.
[142] M. BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, t. XXV, 2011/3, pp. 351-378.

LA VARIABILITÉ DU CAPITAL SOCIAL EN DROIT OHADA

Stève Fabrice EFFEMBA EBALE
Enseignant-chercheur à l'Université de Yaoundé 2

Résumé : La variabilité du capital social est un nouvel outil d'ingénierie juridique introduit dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé et adopté du 30 janvier 2014 (AUDSCGIE). Ce mécanisme juridique constitue une exception au principe de la fixité ou de l'intangibilité du capital social admis en droit OHADA à l'article 67 alinéa 1 de l'Acte uniforme précité. La variabilité du capital social est un mécanisme juridique par lequel les associés peuvent procéder à la modification à la hausse ou à la baisse du montant du capital social et du nombre d'actionnaires d'une société à tout moment. La particularité de la variabilité du capital social est la simplification de son régime juridique. En effet, ce mécanisme juridique s'éloigne des règles rigides en matière de modification du capital social en vigueur dans les sociétés à capital fixe. Ce mécanisme juridique accorde ainsi aux associés une plus grande souplesse dans le fonctionnement de la société. Les associés doivent préciser clairement dans les statuts la variabilité du capital social. L'insertion de la clause de variabilité du capital social dans les statuts traduit ainsi la liberté contractuelle reconnue dans l'aménagement de cet outil juridique. Aussi, cet outil juridique a-t-il été introduit en droit OHADA dans l'objectif de promouvoir l'attractivité économique et d'attirer des investissements. Cependant 10 ans après son introduction dans le droit OHADA, se pose la question de la réalisation de cet objectif d'incitation aux investissements. On constate en effet que les sociétés à capital variable n'ont pas connu un développement significatif dans l'espace OHADA, d'où un bilan mitigé de cette innovation.

Introduction : La réforme du droit OHADA issue de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina-Faso) et entré en vigueur le 5 mai 2014 avait pour objectif principal : promouvoir la création et le développement des entreprises dans l'espace OHADA. Ce nouvel acte uniforme visait ainsi à améliorer et à moderniser le système juridique OHADA dans le but de simplifier la création des entreprises et de garantir une meilleure gouvernance des sociétés, assurant ainsi la prospérité économique de celles-ci dans l'espace OHADA. De manière générale, à travers ladite réforme, l'objectif du législateur OHADA est de promouvoir l'attractivité du droit OHADA en vue d'attirer les investissements[1] tant nationaux qu'étrangers. À cet effet, le nouvel acte uniforme rénové innove en mettant en place des nouveaux mécanismes juridiques simplifiant le processus de création et de fonctionnement des sociétés commerciales. Cette réforme juridique a ainsi introduit de nouveaux outils d'ingénierie juridique destinés à réaliser cet objectif de modernisation du droit OHADA. Comme innovations destinées à faciliter la création et le fonctionnement des sociétés, on peut citer entre autres la simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales, la simplification des procédures de création des sociétés[2]. L'acte

[1] P.S. ARISTIDE BADJI, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisée », *Revue de l'ERSUMA*, nº 6, 2016, nº 2, p. 9

[2] Le législateur OHADA dans l'objectif de faciliter la création des sociétés commerciales dans l'espace OHADA a simplifié les procédures de constitution de celles-ci. On peut noter à cet effet que le recours au notaire n'est plus obligatoire en ce qui concerne la SARL. En effet, l'article 10 de l'AUDSCGIE dispose : « Sauf dispositions nationales contraires, les statuts sont établis par acte

uniforme révisé va également introduire un nouvel outil d'ingénierie juridique dont l'objectif est de promouvoir l'attractivité économique de l'espace OHADA, autrement dit de faciliter les investissements. Cette innovation majeure porte sur le capital social, élément fondamental dans le processus de création de la société commerciale. Il s'agit de l'introduction de la variabilité du capital social en droit OHADA[3].

L'institution de la clause de variabilité du capital social est l'une des innovations majeures destinées à faciliter la levée des fonds par les entreprises. La clause de la variabilité du capital social est une exception au principe consacré en droit OHADA qui est celui de la fixité ou de l'intangibilité du capital social. En effet, l'article 67 alinéa 1 de l'AUDSCGIE dispose que : « Le capital social est fixe (…) ». Le principe de la fixité signifie que le capital social ne peut être modifié que conformément au respect des conditions de forme, de quorum et de majorité des voix prévues pour toute modification des statuts[4]. Ainsi, à peine de nullité du contrat de société, le montant du capital social doit être inscrit dans les statuts. Par contre, le principe d'intangibilité du capital fait interdiction aux associés ou actionnaires de retirer leurs apports[5]. Autrement dit, les associés ne peuvent demander le remboursement de leurs apports tant que la société n'est pas dissoute[6] et avant désintéressement ou paiement des créanciers sociaux de la société liquidée[7]. Cependant, le principe d'intangibilité du capital social n'est pas absolu car le législateur OHADA a prévu tout de même des conditions permettant la modification du capital social[8]. Dans cette approche, un auteur exprime que : « le principe de fixité ne signifie pas que le capital social ne puisse varier. Il exprime seulement l'idée que de telles variations ont vocation à être exceptionnelles, et ne peuvent emprunter qu'au lourd cérémonial de modification des statuts (…) »[9]. Le principe de la fixité du capital social posé à l'alinéa 1 est cependant

notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'Etat du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme ». On constate que cette disposition donne la possibilité à chaque Etat membre la liberté de choisir entre les statuts notariés et les statuts sous seing privé. Et l'article 11 du même acte uniforme prévoit expressément et sans équivoque que les statuts peuvent être par acte sous seing privé. La faculté offerte à l'article 10 contribue ainsi à simplifier le processus de constitution des sociétés commerciales, à réduire considérablement le coût financier y relatif. De manière générale, cette liberté de faire les statuts sous seing-privé est un facteur important de promouvoir la création des petites et moyennes entreprises où les investisseurs ont des moyens financiers insuffisants ou insignifiants. Il convient cependant de noter que cette intervention optionnelle du notaire n'existe que pour la SARL. V. P. C. DJEDJE, L. YONDO BLACK, A. CISE et B. DIALLO, « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales de la zone OHADA », *Droit et patrimoine*, n° 239, 2014, pp. 60-61. Toujours dans l'objectif de minimiser les coûts financiers de création des sociétés et par conséquent d'encourager la création des PME, le législateur OHADA a également laissé la liberté aux Etats membres de fixer le montant du capital social de la SARL. En ce sens, l'article 311 de l'AUDSCGIE dispose : « Sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être d'un million (1 000 000.) de francs CFA au moins (…) ». Il relève de cette disposition que les Etats membres peuvent fixer un capital minimal inférieur à celui fixé par le législateur OHADA ou même accorder aux fondateurs et associés la totale liberté de déterminer ce capital minimum. V. L. YONDO BLACK et A. TIENMFOLTIEN, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », *Droit et patrimoine*, n° 239, 2014, p. 52.

[3] L'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) est une organisation supranationale africaine visant l'intégration juridique des États membres. L'OHADA résulte d'un traité conclu le 17 octobre 1993 à Port Louis (Île Maurice) et révisé le 17 octobre 2008 au Québec (Canada). Elle regroupe les États africains de la zone franc qui se sont fixé pour objectif principal de se doter d'un droit des affaires commun, simple, moderne et adapté à la situation économique des États membres. L'OHADA vise comme objectif la garantie de la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. Cet objectif de sécurité juridique et judiciaire est une condition nécessaire à l'attractivité économique de l'OHADA et par conséquent des investissements. L'intégration juridique recherchée par le droit OHADA suppose que les États membres doivent pouvoir adopter, élaborer un droit des affaires commun applicable dans l'espace OHADA. Cette intégration juridique passe par l'uniformisation du droit des affaires. De nos jours, l'OHADA regroupe 17 États membres. Sur ce sujet, lire : K. ELOI YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, nº 3, 2011, pp. 662-663 ; P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », Ohadata D-06-50 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », Ohadata D-12-64.

[4] M. FYON, « Le capital social : une notion en voie d'érosion ? », *in Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, (dir.) GEROGES-ALBERT DAL, colloque de la conférence du jeune barreau de Bruxelles organisé le 17 avril 2008, p. 87.

[5] N.M. MAYATTA, « Le capital social », in *Encyclopédie du droit OHADA*, (dir.) P.-G. POUGOUE, Lamy 2011, n° 10, p. 464.

[6] *Idem.,* n° 26, p. 466.

[7] R.L. GNIDOUBA, « L'utilité juridique du capital social en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue africaine et malgache de recherche scientifique*, 2019, p. 267.

[8] Lire articles 68 et 69 AUDSCGIE.

[9] R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, 3ème éd., Lexis Nexis, 2023, n° 120, pp. 109-110.

suivi de son exception. En effet, l'alinéa 2 du même article dispose que : « Par dérogation au premier alinéa, le capital peut être variable dans les conditions prévues aux articles 269-1 et suivants ci-après ». Ainsi, le principe de la variabilité du capital social est posé à l'article 269-1 de l'AUDSCGIE qui dispose : « Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et des sociétés par actions simplifiées que le capital social est susceptible soit d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux, soit de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués ». La variabilité porte sur le capital social qui est un élément constitutif de la société commerciale.

En droit OHADA, toute société commerciale doit avoir un capital social stipulé avec précision dans les statuts[10]. Selon le législateur OHADA, le capital social représente le montant des biens ou des apports en capital faits par les associés ou actionnaires à la société et augmenté, le cas échéant, des incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion[11]. Il convient de relever que seuls les apports en nature et en numéraire forment le capital social. Ainsi, sont exclus du capital social les apports en industrie qui ne sont pas évaluables en argent. Ces derniers ne concourent pas à la formation du capital social[12]. On constate ainsi que pour le législateur OHADA, le capital social est le montant en espèces des apports en nature et en numéraire que les associés transfèrent en propriété à la société et reçoivent des parts sociales ou actions en rémunération desdits apports[13]. Cette approche est partagée par la doctrine. Dans cette logique, un auteur affirme que : « Le capital social représente la valeur nominale des actions ou des parts sociales, c'est-à-dire le montant des apports faits par les associés lors de la constitution »[14]. D'autres auteurs estiment qu'à l'égard des tiers, le capital social représente des valeurs apportées en propre à la société par les associés avec pour contrepartie des droits sociaux[15]. En fait, le capital social représente, en droit des sociétés commerciales, le montant de la somme des apports à effectuer par les associés ou actionnaires à la société pour le tout ou pour une part essentielle au jour de sa constitution[16].

Le capital social, élément juridique et comptable de toute société commerciale bien que régi par le principe de la fixité ou de l'intangibilité, peut connaitre des modifications grâce à la clause de variabilité du capital social insérée dans les statuts de la société. La variabilité du capital social est un mécanisme juridique par lequel la société commerciale a la liberté soit d'augmenter, soit de réduire son capital social sans être tenue de procéder à la modification des statuts. La société à capital variable est ainsi celle dans laquelle le capital social n'est pas intangible[17] mais au contraire peut être modifié à tout moment par les associés, permettant ainsi l'entrée et la sortie des associés. De manière générale, le capital social est fluctuant ou mouvant de manière permanente. D'après un auteur, la société à capital variable n'est pas une forme autonome de société, mais constitue une simple modalité statutaire des sociétés de droit commun, selon laquelle le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués, par retrait ou exclusion, sans qu'aucune de ces opérations ne donne lieu à publicité[18].

---

[10] Article 61 AUSCGIE ; A. KENMOGNE SIMO, « La désolidarisation entre participation au capital social et source de pouvoir en droit OHADA », *Bulletin de droit économique*, 2017, p. 2.
[11] Article 62 AUDSCGIE.
[12] Article 50-3 AUDSCGIE ; F.E. NDJOLO VODOM, « Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *RJTUM* 35, 2016, p. 62.
[13] Article 63(1) AUDSCGIE.
[14] S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec, 1989, n° 23, p. 17.
[15] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7ème éd., L.G.D.J, 2018, n° 206, p. 166.
[16] N.M. MAYATTA, *op.cit.,* n° 2 p. 463, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12ème éd., PUF, 2018, p. 149.
[17] N.M. MAYATTA, *op.cit.,* n° 8, p. 466.
[18] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 107, p. 102.

La société optant pour la variabilité du capital doit mentionner dans tous ses actes et documents destinés aux tiers la clause de variabilité en associant à la forme sociale les mots « à capital variable ». La clause de variabilité peut être insérée dans les statuts lors de la constitution de la société[19]. Cette insertion signifie qu'elle est voulue par tous les fondateurs et signataires des statuts. De même, une société existante avec un capital fixe peut, en cours de vie sociale, décider d'insérer la clause de variabilité dans ses statuts[20]. Il faut dans ce cas l'accord unanime des associés[21]. Cette insertion n'est possible que par une modification des statuts pour introduire la clause de variation du capital social[22]. Cette modification des statuts nécessite au préalable la convocation préalable de l'assemblée générale extraordinaire[23] seule compétente pour modifier les statuts de la société.

Conformément à l'acte uniforme, les statuts doivent déterminer le montant au-dessous duquel le capital ne peut être réduit par les reprises d'apports[24]. Ce montant constitue le capital social statutaire inscrit dans les statuts. Qualifié également de capital autorisé, il fixe les limites ou les bornes minimales de modification, mieux de variation du capital social effectif, autrement qualifié de capital souscrit[25]. Le capital souscrit représente les apports des associés faits à la société au cours des opérations d'augmentation et de réduction. Il correspond à la dette de la société vis-à-vis de ses associés[26]. Cette possibilité de variation du capital social grâce à un assouplissement des procédures devrait en principe constituer un atout pour les sociétés à capital variable dans leur organisation et fonctionnement. De ce qui précède, quel est l'apport de la variabilité du capital social dans le fonctionnement des sociétés commerciales dans l'espace OHADA ?

La clause de variabilité du capital social doit constituer un instrument important de levée des fonds des sociétés bénéficiant de cette innovation. La flexibilité ou la souplesse caractérisant cette clause devrait en principe attirer les investisseurs dans les sociétés à capital variable. Mais on observe que depuis l'avènement de la variabilité du capital social dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de 2014, les sociétés à capital variable ne connaissent pas le succès attendu en terme d'attractivité économique. En effet, le bilan des sociétés à capital variable reste mitigé dans l'espace OHADA. On constate que très peu d'investisseurs adoptent cette forme particulière de société commerciale. De manière générale, les sociétés à capital variable sont peu implantées dans l'espace OHADA, traduisant ainsi le peu d'intérêt que les investisseurs ou les créateurs de richesses portent à cet outil d'ingénierie juridique. Cette situation va à l'encontre de l'attractivité économique attendue de la variabilité du capital social dans l'espace OHADA. Cela étant, il s'avère nécessaire de cerner les causes du manque de succès des sociétés à capital variable auprès des investisseurs. La clause de variabilité du capital social du fait de la dispense des formalités impératives de droit commun en matière de modification des statuts constitue un instrument flexible de fonctionnement de la société commerciale (I) nécessitant cependant une certaine perfectibilité suite à ses limites (II).

[19] M.-H. MONSERIE-BON, « Société à capital variable », *Répertoire de droit des sociétés*, 2001, n° 8, p. 6.
[20] *Idem.,* n° 10, p.7.
[21] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 110, p. 104.
[22] M.-H. MONSERIE-BON, *op.cit.,* n° 10, p. 7.
[23] R. LAMBOUADO OUOBA, *La variabilité du capital social en droit OHADA à la lumière du droit français*, thèse, Université de Perpignan Via Domitia, 2024, n° 145, p. 79.
[24] Article 269-5 AUDSCGIE.
[25] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 113, pp. 104-105
[26] *Idem.,* n° 114, p. 105.

I. Variabilité du capital social : instrument de fonctionnement flexible de la société commerciale en droit OHADA

La clause de variabilité du capital social ne crée pas une nouvelle forme juridique de société commerciale. Elle constitue seulement une modalité flexible ou souple de fonctionnement de la société. En effet, par la clause de variabilité, les règles contraignantes relatives à la modification du capital social deviennent plus allégées ou à la limite supprimées. Cette flexibilité manifeste ainsi la consécration d'une liberté statutaire aux associés relativement au fonctionnement de la société (A) et une technique d'ingénierie consacrée à l'investissement ou financement (B).

A. La consécration d'une liberté statutaire aux associés quant au fonctionnement de la société à capital variable

Selon un auteur, « la société à capital variable n'est pas une forme autonome de société, mais une simple modalité statutaire des sociétés de droit commun (…) »[27]. Au regard de cette affirmation, la clause de variation du capital social ne crée nullement une nouvelle forme juridique de société. Mais au contraire, constitue une modalité de fonctionnement[28] flexible de la société concrétisée par une certaine liberté statutaire ou contractuelle reconnue aux associés ou actionnaires de procéder à la modification du capital social. Cette liberté statutaire a pour base légale l'article 269-1 de l'AUSCGIE. Conformément à cette disposition légale, les associés sont libres de déterminer dans les statuts le fonctionnement d'une telle société. Toujours dans la même logique, l'article 269-1 de l'acte uniforme renforce cette marge de liberté statutaire accordée aux associés d'une société à capital variable d'organiser les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports[29]. De ce qui suit, les associés bénéficient d'une liberté contractuelle mieux statutaire dans la mise en place d'une société à capital variable. Dans la pratique, l'absence de formalisme facilite la réalisation simplifiée des opérations sur le capital social. En effet, les dispositions légales contraignantes applicables aux sociétés à capital fixe sont assouplies ou exclues lors de l'adoption de la variabilité du capital social. Ainsi, les associés ont un certain contrôle sur la mise en œuvre de la variabilité du capital social sans être tenus de respecter les procédures de droit commun strictes et coûteuses pour la société. La liberté contractuelle reconnue aux fondateurs et associés donne à ces derniers une liberté absolue sur l'organisation et le fonctionnement de la société à capital variable. Ils ont tous les pouvoirs pour fixer les règles de modalités de souscription, de libération et de reprise des apports. De manière générale, ils sont libres de déterminer les règles de gouvernance relatives aux opérations portant sur le capital social. Ainsi, l'aménagement dans les statuts du capital social résultant de la clause de variabilité traduit une liberté contractuelle permettant aux associés d'organiser librement les opérations d'augmentation et de réduction du capital social. Cette situation est de nature à simplifier les opérations sur le capital social des sociétés à capital variable.

La clause de variabilité du capital social au regard de l'allègement ou de l'assouplissement des règles régissant les sociétés à capital variable constitue un moyen de simplification des opérations de modification du capital social laissé à la volonté contractuelle des fondateurs et associés. La suppression des règles légales de modification du capital social favorise ainsi l'entrée et la sortie des actionnaires ou investisseurs à tout moment de la société. Ainsi, les associés disposent de la liberté statutaire d'aménager les opérations sur le capital social dans les statuts en simplifiant les règles relatives à son augmentation ou sa réduction. Pour un auteur, dans les

[27] R. MORTIER, *op.cit.*, n° 107, p. 102
[28] M.-H. MONSERIE- BON, *op.cit.*, p.3.
[29] B. MARTOR et J. FASSI FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », *La semaine juridique-entreprise et affaires*, 27 février 2014, p. 22

sociétés à capital variable, les variations du capital social souscrit ont l'avantage de profiter d'un régime extrêmement libéral[30]. Ces variations du capital social se réalisent en toute liberté sans aucune formalité de publicité[31]. En d'autres termes, les associés ou investisseurs, parties aux opérations sur le capital, ne sont pas tenus d'effectuer les formalités de publicité permettant d'informer les tiers. De même, pour minimiser le coût financier des opérations portant sur les augmentations ou réductions du capital réalisées conformément aux dispositions de l'article 269-1 de l'AUDSCGIE, l'intervention du notaire n'est pas obligatoire[32]. Cette souplesse des règles de variabilité entraine par conséquent une simplification des opérations d'augmentation et de réduction dans les sociétés à capital variable.

Selon l'article 269-1 de l'AUSCGIE, l'augmentation du capital social dans une société à capital variable peut se faire selon deux modalités, à savoir : les versements successifs des associés et l'admission d'associés nouveaux[33]. Par contre, la réduction du capital social se fait par reprise totale ou partielle des apports effectués par les associés[34]. Le législateur OHADA n'a pas défini la notion de versements successifs. La doctrine a essayé de clarifier cette notion. La doctrine estime que par versement, il faut entendre l'action de verser une somme d'argent[35] à une personne, en paiement d'un bien. Le terme successif supposant une répétition des versements. Il convient de noter que les versements effectués doivent être en dessous du capital social maximal autorisé. Ainsi, les versements successifs supposent la souscription répétée ou renouvelée des droits sociaux de la société à capital variable. La souscription ne porte que sur les apports en numéraire[36]. En effet, l'augmentation du capital social par apports en nature ne s'accommode pas avec la libre variabilité du capital social[37]. L'autre modalité d'augmentation du capital social consiste à admettre de nouveaux associés dans la société. Bien que le législateur OHADA soit silencieux sur la mise en œuvre de cette modalité, nous pensons que l'admission des nouveaux associés fait recours à l'entrée de ces derniers à la suite d'une opération d'acquisition des titres sociaux de la société en cours de vie sociale. Mais sachant que c'est l'hypothèse de l'augmentation du capital social qui nous intéresse, l'admission se fait par la souscription des nouveaux titres sociaux émis en cours de vie sociale[38]. Cependant, pour bénéficier de la dispense des formalités issues de la clause de variabilité du capital, l'augmentation du capital résultant de l'admission de nouveaux associés doit être en dessous du seuil maximal du capital autorisé[39].

La variation du capital peut aussi concerner la réduction du capital social. La réduction du capital souscrit peut résulter de l'exercice du droit reconnu à tout associé de se retirer volontairement et discrétionnairement de la société[40]. Dans cette hypothèse, il y a reprise totale ou partielle des apports effectués. On assiste à un rachat par la société des droits sociaux de l'associé qui use de son droit de retrait. Le retrait de l'associé peut également être une sanction visant à exclure un associé de la société pour des raisons objectives prévues aux statuts[41]. Il s'agit d'une exclusion d'associés par la société s'accompagnant du remboursement de leurs apports, d'où la réduction du capital social. Les réductions sont dispensées de publicité et même les créanciers ne peuvent faire usage de leur droit d'opposition. Cependant, la réduction est limitée. En effet, le

[30] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 115, p. 105
[31] Article 269-3 AUDSCGIE.
[32] B. FAYE et J. NYEMB, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Revue droit et patrimoine*, n° 239, 2014, p. 70.
[33] D. POHE, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2019, nº 75, p. 72.
[34] *Idem.,* P. 72.
[35] R. MORTIER, *op. cit.,* nº 116, p. 106
[36] *Idem.*
[37] R. LAMBOUADO OUORA, *op.cit.,* nº 304, p. 151.
[38] R. LAMBOUADA OUORA, *op.cit.,* n° 307, p. 153.
[39] *Idem*., n° 308, p. 153
[40] R. MORTIER, *op.cit,* n° 117, p. 106
[41] *Idem.,* n° 117, p. 107

droit OHADA détermine la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports autorisés. D'après le législateur OHADA, cette somme ne peut être inférieure ni au dixième du capital social stipulé prévu dans les statuts ni au montant minimal du capital exigé pour la forme de la société considérée par les dispositions la régissant[42]. À titre d'exemple, le capital minimum de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne qui est fixé à 10 000 000 F CFA[43] ne peut être réduit en dessous de 10 millions au cours des opérations de réduction du capital social. L'adoption de la clause de variabilité du capital social est un dispositif permettant la variation du capital social sans recours aux formalités rigoureuses de droit commun. Ainsi, ce dispositif simplifie les opérations sur le capital social. Cette simplification des opérations sur le capital social devrait en principe constituer un instrument efficace pour attirer les investissements ou promouvoir les opérations de levées de fonds pour les sociétés à capital variable.

B. Technique d'ingénierie juridique destinée à l'investissement

Le capital social, élément incontournable dans la constitution de la société, est un instrument primordial de son financement. Classiquement, le capital social est un moyen de financement des activités des entreprises au moment de leur création et même en cours de vie sociale[44]. Pour un auteur, la première fonction du capital social est le financement de l'activité de la société commerciale[45]. Les apports apportés par l'associé à la société commerciale sont en principe affectés à l'activité commerciale de celle-ci. En effet, tout investisseur ou associé qui envisage de créer une société commerciale doit pouvoir apporter un ensemble de biens matériels ou financiers à la société à créer. L'investisseur va ainsi apporter des apports en nature et en numéraire propres destinés au démarrage de l'entreprise commerciale. Ces biens forment le capital social et sont généralement rémunérés par des parts sociales ou actions accordées aux associés qui en ont transféré la propriété à la société. Les sommes et les biens que les investisseurs transfèrent à la société créée permettent non seulement à cette dernière de démarrer ses activités mais également d'assurer son développement au cours de son existence[46]. La réforme de l'AUDSCGIE de 2014 introduisant la clause de variabilité du capital social renforce cette fonction de financement de l'activité sociale. En effet, la flexibilité ou la souplesse caractérisant la clause de variabilité du capital social va en principe faciliter l'accès aux investissements, ceci grâce à la suppression des formalités contraignantes de droit commun relatives aux opérations de modification du capital social. La simplification des règles issues de la clause de variabilité du capital social est un moyen de financement permettant l'augmentation du capital social.

Dans les sociétés à capital variable, l'augmentation du capital est un procédé moins contraignant et moins coûteux suite à l'absence de formalisme résultant de la variabilité du capital[47]. Cette facilité du processus d'augmentation du capital se justifie par l'absence de modification des statuts, de tenue d'une assemblée générale extraordinaire. Ainsi, il y a simplification de l'opération d'augmentation du capital, d'où un accès facile à l'investissement. Ainsi, dans le cas d'une société en difficulté économique et financière, la clause de variabilité peut être un moyen pour cette dernière de se financer grâce à l'entrée de nouveaux associés ou investisseurs qui apportent des fonds permettant de renflouer les caisses de l'entreprise. La clause de variabilité présente l'avantage d'être moins longue et coûteuse que le financement par

[42] Article 269-5 AUDSCGIE.
[43] Article 387 (1) de l'AUDSCGIE.
[44] R. LAMBOUADO OUORA, *op.cit.,* n° 79, p. 49.
[45] N.M. MAYATTA*, op.cit*., n° 9, p. 464
[46] R. MORTIER, *op.cit,* n° 46 , p. 41.
[47] R. LAMBOUADO OUOBA, *op.cit.,* n° 81, p. 50.

prêt bancaire[48]. L'obtention du prêt bancaire nécessite l'accomplissement des conditions strictes fixées par la banque et la loi telles que les garanties bancaires. Cette situation rend la procédure d'obtention du prêt bancaire longue, onéreuse et risquée[49] pour l'emprunteur qui donne ses biens meubles ou immeubles en garantie du prêt bancaire. La clause de variabilité du capital social est également un moyen permettant d'attirer l'actionnariat salarié. En effet, la variabilité du capital social doit permettre de gérer l'actionnariat salarié en facilitant l'entrée et la sortie des actionnaires[50]. Il en est ainsi lorsque les actionnaires sont salariés de la société à capital variable. La clause de variabilité constitue un instrument permettant aux salariés d'investir leurs revenus pour acquérir un mieux-être financier.

Dans la réglementation OHADA, les sociétés soumises à la clause de variabilité du capital social ne sont pas des sociétés cotées et par conséquent ne peuvent se financer à la bourse. Cependant la clause de variabilité constitue pour elles une ouverture de leur capital aux investissements grâce au mécanisme du capital-risque ou encore de capital-investissement ou private equity. La clause de variabilité de capital étant de nature à favoriser l'entrée de nouveaux associés dans la société, cette dernière constitue un instrument permettant l'accès des sociétés à capital-risque dans les sociétés à capital variable dans l'espace OHADA. Le capital-risque est un mécanisme permettant à un investisseur d'effectuer une prise de risque en capital en devenant actionnaire d'une société non cotée, dont il n'assure pas la direction, mais assiste cette dernière en apportant sa compétence technique[51]. Néanmoins, l'investisseur peut tout au moins exercer un contrôle sur la gestion de la société. La société à capital-investissement est une société qui opère une prise de participation dans le capital d'une société à capital variable[52]. Autrement dit, la société de capital-risque est une : « société par actions ayant pour objet principal de prendre des participations dans les sociétés non cotées et d'apporter des fonds propres à des sociétés créées en vue de lancer de nouveaux produits ou d'expérimenter des techniques originales »[53]. Cet investissement prend la forme d'une somme d'argent que la société à capital-risque fait entrer dans le capital de la société, augmentant ainsi les capitaux de l'entreprise[54]. Les capitaux apportés par la société de capital-risque contribuent ainsi au développement, à la réalisation des projets d'investissements et même à faire face aux difficultés financières de la société bénéficiaire. Les sociétés à capital variable du droit OHADA, grâce à la souplesse des opérations de variations de capital, peuvent ainsi attirer les capitaux provenant des sociétés à capital-risque dans leurs projets d'investissement.

La variabilité du capital par son régime juridique simplifié peut être un moyen de développement des startups dans l'espace OHADA. À cet effet, la souplesse d'organisation et de fonctionnement caractérisant la SAS, suite à la liberté statutaire ou contractuelle reconnue aux associés, fait de cette société commerciale un instrument adapté aux besoins de financement des startups[55]. Les startups se trouvant sous la forme de SAS à capital variable peuvent bénéficier de la flexibilité ou de la simplification des opérations de variation du capital social pour lever des fonds et faire

---

[48] Encore appelé contrat de prêt. C'est la convention par laquelle le préteur s'engage à livrer une certaine somme d'argent à la disposition de l'emprunteur (client ou société), à charge pour celui-ci de la restituer avec les intérêts. V. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 14ème éd., LGDJ, 2021, n° 737, p. 539.

[49] En effet, en cas de non-remboursement de la créance contractée auprès du préteur (banque) , ce dernier a le droit de saisir et de vendre les biens meubles et immeubles garantissant sa créance. L'emprunteur (l'entreprise cliente) expose ainsi son patrimoine.

[50] B. FAYE et J. NYEMB, *op.cit*., p. 62.

[51] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 49, p. 42.

[52] A. EDEM KOFFI, « La fiscalité de la société de capital-risque au Togo », Revue togolaise de droit des affaires et d'arbitrage, n° 19, mars 2022, n° 2, p. 26.

[53] G. CORNU, *op.cit*., p. 150.

[54] A. DIENG MOUHAMADOU et M. SALL ABDOULAYE, « La variabilité du capital social en droit OHADA », Ohatada D-20-01, p. 12.

[55] M. MOULZINA et J. CHALLOUB, « SAS et options donnant accès au capital : quelles opportunités pour les startups dans l'espace OHADA ? », *Lexbase Afrique –OHADA*, n° 36, 2020.

entrer les investisseurs dans le capital. À cet effet, la SAS peut, pour lever les fonds, procéder à l'émission des valeurs mobilières donnant accès au capital social[56]. Ce moyen de financement est susceptible d'attirer les investisseurs dont la startup a besoin pour son développement. Le législateur OHADA, en introduisant la variabilité du capital, visait l'attractivité économique des sociétés à capital variable. Mais au regard du bilan de cette innovation, cet objectif peine à se réaliser à cause des limites inhérentes à la variabilité, d'où la nécessité de sa réforme.

II. La nécessaire perfectibilité de la clause de variabilité du capital social en droit OHADA

En principe, la réforme de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de 2014 avait pour objectif de rendre attractif économiquement l'espace OHADA à travers les innovations issues de ladite réforme. Il en est ainsi de l'innovation relative à la clause de variabilité du capital social. Cependant, onze ans après l'introduction de ladite innovation, le bilan en ce qui concerne la variabilité du capital social semble contrasté. En effet, les résultats attendus de la variabilité du capital social ne sont pas au rendez-vous. En fait, on note l'absence d'attractivité économique de la société à capital variable (A) ; situation suggérant une réforme impérative de la clause de variabilité du capital suite à l'incertitude juridique qui la caractérise (B) dans l'espace OHADA.

A. L'absence d'attractivité économique de la société à capital variable dans l'espace OHADA

L'article 269-1 de l'AUDSCGIE de 2024 détermine les sociétés commerciales soumises à la variabilité du capital social. D'après cet article, il s'agit de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et de la société par actions simplifiée[57]. Par déduction de cet article, sont exclues du domaine de la clause de variabilité du capital social : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée et la société anonyme faisant appel public à l'épargne[58].

Par ailleurs, en dehors des sociétés commerciales, nous avons également la société coopérative régie par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010. La clause de variabilité du capital social est l'une des caractéristiques de ladite société. Par conséquent, la société coopérative a un régime juridique adapté à la variabilité du capital social. Selon l'article 52 de l'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives, « le capital de la société coopérative est variable. Il est susceptible d'augmentation ou de diminution (…) ». Dans l'espace OHADA, la variabilité du capital social est une réalité dans les sociétés coopératives car faisant partie de leur caractéristique. Dans la pratique, divers types d'activités économiques sont exercées sous forme de société coopérative. Il en est ainsi des activités agricoles où généralement les entrepreneurs constituent des sociétés coopératives pour mieux défendre leurs intérêts économiques. La situation est différente par contre pour les sociétés commerciales à capital variable régies par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. En effet, dans la pratique, les sociétés commerciales concernées adoptent rarement la clause de

[56] L'article 822 AUDSCGIE prévoit que : « Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances ».

[57] P.S. ARISTIDE BADJI, *op.cit.,* n° 42, p. 23.

[58] On constate que le législateur OHADA a réduit le domaine de la variabilité du capital social. La variabilité est une exception en droit OHADA. À titre de droit comparé, le législateur français a donné la possibilité aux associés ou fondateurs d'insérer la clause de variabilité du capital social dans toutes les sociétés commerciales admises en droit français, à l'exception des sociétés anonymes. Ainsi, en droit français, le domaine de la clause de variabilité est large. C'est le principe en droit français. Elle s'applique aux sociétés civiles, sociétés coopératives, sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés de capitaux (société en commandite par actions, sociétés par actions simplifiées).

variabilité du capital social. À la vérité, la société anonyme et la société par actions simplifiée à capital variable restent peu attractives dans l'espace OHADA. À la limite, elles demeurent marginales dans cet espace OHADA. Le succès attendu de la société à capital variable demeure mitigé. Les investisseurs ou créateurs de richesses s'intéressent peu à cette forme particulière de la société commerciale. Cette situation est accentuée du fait que la société par actions simplifiée ayant la faculté d'insérer la clause de variabilité du capital social dans ses statuts ne connait pas d'essor dans l'espace OHADA. La SAS constitue l'une des innovations majeures de la réforme de 2014. Son introduction dans l'espace OHADA est de promouvoir la création et le développement des petites et moyennes entreprises grâce à un régime juridique moins contraignant.

Régie par le principe de la liberté contractuelle[59], les fondateurs et les associés sont libres de déterminer dans les statuts l'organisation et le fonctionnement de la société. Ainsi, les statuts déterminent librement la structure et le fonctionnement du pouvoir dans la société[60]. Il en est de même en ce qui concerne le capital social, dont le minimum n'est pas fixé par le législateur OHADA. Le capital social est librement déterminé par les associés dans les statuts[61]. La liberté statutaire reconnue aux fondateurs se manifeste également par la faculté de ces derniers d'insérer la clause de variabilité du capital dans les statuts de la SAS et par conséquent la liberté d'aménager les opérations sur le capital social selon leur volonté. La faculté d'adoption de la clause de variabilité du capital social aurait dû rendre la SAS très attractive pour les investisseurs et les créateurs de richesses et faciliter son implantation dans les États membres. La clause de variabilité du capital, rendant son régime plus simplifié et souple en terme d'aménagement du capital social, est un atout important pour attirer les investissements et les encourager à la création des petites et moyennes entreprises. La liberté contractuelle ou statutaire de la société par actions simplifiée supposant la simplification des formalités d'organisation et de fonctionnement combinée à l'absence de formalisme, mieux à la flexibilité des modalités de modification du capital social devrait en principe être un facteur attractif des investissements. De manière générale, pour les petites et moyennes entreprises en quête de capitaux, c'est un moyen d'attirer les sociétés de capital-investissement à investir dans leurs projets de développement.

Plus d'une décennie après la réforme de l'AUSDCGIE, le bilan concernant la SAS demeure contrasté. En effet, on constate que la SAS à capital variable, qui aurait dû être la forme sociale privilégiée de levée des fonds ou d'attractivité économique, ne connait pas le succès escompté. Dans la réalité, si on prend l'exemple du Cameroun, la SAS à capital variable tarde à se développer dans l'environnement économique camerounais[62]. La SAS qui, d'après un auteur, souhaitait qu'elle soit dans l'espace OHADA, la société de droit commun[63] peine à s'implanter dans les États membres et par voie de conséquence n'attire pas les investissements. De manière générale, les sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées à capital variable tardent à connaitre un succès dans l'espace OHADA. Il convient donc de rendre perfectible la clause de variabilité du capital social en mettant fin à l'incertitude juridique qu'elle soulève.

---

[59] P. MERLE, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Revue droit et patrimoine*, n° 239, 2014, p. 57 ; A. RABANI, « La nouvelle société par actions simplifiée de l'OHADA », BDE, 2014, p 31.

[60] E. SEMASSA HOUENOU, *La contractualisation du droit des sociétés : L'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, Université d'Abomey-Calavi, 2019, n° 281, p. 148.

[61] P. MERLE, *op.cit.*, p. 56.

[62] D'après une enquête menée auprès de centres de formalités de création d'entreprises, antenne de Yaoundé (Cameroun), seules 26 sociétés par actions simplifiées ont été créées au Cameroun entre 2018 et 2019.

[63] A. FENEON, « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit OHADA des sociétés commerciales », n° 3, p. 257.

B. La réforme impérative de la clause de variabilité du capital social

L'introduction de la clause de variabilité du capital social en droit OHADA lors de la réforme de 2014 avait pour objectif de rendre attractif économiquement l'espace OHADA grâce à la simplification de la procédure de variation du capital social. Malheureusement, plus d'une décennie après l'introduction de cet outil d'ingénierie juridique, le bilan demeure décevant et mitigé. En effet, les sociétés à capital variable ne connaissent pas de succès dans l'espace OHADA. Cette situation suppose forcément des limites ou inconvénients de la clause de variabilité du capital social, d'où la nécessité de corriger ses limites. L'une des limites de la variabilité du capital social en droit OHADA est le caractère restreint de son domaine d'application. En effet, seules deux sociétés commerciales, dont la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la société par actions simplifiée, peuvent insérer une clause de variabilité dans leurs statuts. Ainsi, le législateur OHADA a exclu du domaine de la variabilité du capital social la société à responsabilité limitée (SARL), qui est la société commerciale la plus implantée dans l'espace OHADA. Cette exclusion ne nous semble pas justifiée au regard de la place que la SARL occupe dans la création des petites et moyennes entreprises dans l'espace OHADA[64]. Cette exclusion regrettable de la SARL parait se justifier par la libéralisation du capital social de cette dernière. Lors de la réforme de l'AUDSCGIE de 2014, le législateur OHADA dispose que, sauf dispositions nationales contraires, le capital social de la SARL doit être d'un million de francs CFA[65]. Le législateur OHADA, par cette disposition, donne la possibilité aux États membres de fixer un capital minimum inférieur à un million fixé par la loi, d'où la sous-capitalisation de la SARL. Mais cette sous-capitalisation ne peut justifier l'exclusion de la SARL du domaine de la variabilité. En effet, il y a des similitudes avec la société par action simplifiée bénéficiant de la clause de variabilité du capital social. À l'instar de la SARL, les associés de la SAS ont le droit de déterminer librement le montant du capital social, d'où on pourra évoquer également la sous-capitalisation de cette dernière. En effet, les associés peuvent également fixer un capital social faible pour la SAS. De même, dans les deux sociétés commerciales, la responsabilité des associés est limitée à leurs apports. De manière générale, la réforme de 2014 a introduit des innovations dans chacune des sociétés destinées à promouvoir l'attractivité de l'espace OHADA. Le législateur OHADA devrait en principe réformer l'AUDSCGIE en accordant à la SARL la faculté d'insérer la clause de variabilité dans ses statuts.

L'incertitude juridique ou le mystère juridique[66] caractérisant les sociétés à capital variable se manifeste également par des textes juridiques imprécis sur la clause de variabilité. En effet, en droit OHADA, peu de textes juridiques traitent de cet outil d'ingénierie juridique important pour l'attractivité des sociétés commerciales. En effet, en droit OHADA, seulement huit articles sont consacrés à la société à capital variable. Ainsi, les textes en la matière sont peu détaillés sur le régime juridique des sociétés à capital variable. À titre d'exemple d'une disposition problématique pouvant entrainer l'hésitation pour l'adoption de la clause de variabilité du capital social : l'obligation au passif social pendant une durée de cinq ans des associés qui se sont retirés volontairement ou qui ont été exclus par une décision de la collectivité des associés[67] envers les associés et les tiers. Cette obligation aggrave les engagements des associés[68]

[64] L'institut national de la statistique (INS), lors de son rapport final portant sur le troisième recensement général des entreprises (RGE 3) en 2023 au Cameroun publié en novembre 2024, constate qu'au chapitre 4 dudit rapport relatif aux caractéristiques du tissu productif, les entreprises individuelles dominent le tissu productif, soit 92% des entreprises. Au niveau de la forme juridique des entreprises, les entreprises sociétaires sont en majorité la SARL et la SA représentées dans les branches d'activités telles que : le commerce, les banques et assurances et l'industrie alimentaire. Dans ce rapport, on constate l'augmentation importante de la SARL. Ainsi, en 2016, le nombre de SARL était de 3 612 et en 2023 le nombre est passé à 27913, p. 49.
[65] Article 311 AUDSCGIE.
[66] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 119, p. 109.
[67] Article 269-9 alinéa 3 AUDSCGIE.
[68] R. MORTIER, *op.cit.,* n° 119, p. 109.

et crée une certaine insécurité juridique pour les associés exclus de la société. Comment continuer à répondre des dettes sociales d'une société dans laquelle un associé n'en fait plus partie depuis cinq ans et ne bénéficie plus des dividendes générés par la société ? Cette obligation au passif social après le retrait de l'associé peut constituer une entrave à l'insertion de la clause de variabilité du capital social dans les statuts de la société.

La société à capital variable se caractérisant par l'existence d'un capital social mouvant, c'est-à-dire facilitant la mobilité des associés, constitue un risque juridique pour la pérennité de celle-ci. En effet, la liberté reconnue à tout associé de se retirer de la société à tout moment constitue un inconvénient majeur pouvant mettre en péril la pérennité de la société. La sortie des associés ou investisseurs du capital social est susceptible de priver la société des capitaux ou fonds nécessaires pour faire face à ses profits d'investissement[69]. De même, le retrait forcé d'un associé suite à une décision d'exclusion prononcée par la collectivité des associés peut également avoir un impact négatif sur la situation financière de la société. L'associé exclu a droit au remboursement de ses droits sociaux[70], mieux à une indemnité correspondant à la valeur de ses droits sociaux au moment de l'exclusion. Cela entraine une réduction du capital non consécutive à des pertes[71] car la société rachète les droits sociaux de l'associé exclu et procède à leur annulation. Le retrait forcé met donc en péril la situation financière et les projets de développement de la société à capital variable. La préservation de la pérennité[72] de la société peut ainsi se trouver compromise avec cette situation d'instabilité des associés qui peuvent se retirer à tout moment selon leur volonté ou en cas d'exclusion.

Dans le but de préserver la pérennité et le développement de la société face aux risques de difficultés financières résultant des sorties des associés dans le capital de la société à tout moment, il s'avère nécessaire de rationaliser et d'aménager l'exercice du droit de retrait des associés dans les sociétés à capital variable. Le législateur OHADA entrevoit une hypothèse permettant de mieux encadrer l'exercice du droit de retrait reconnu aux associés. En effet, l'article 269-6 alinéa 1 AUDSCGIE dispose : « À moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article 269-5 ci-dessus, chaque associé peut se retirer de la société à tout moment ». Par l'usage de : « À moins de conventions contraires (…) », on peut supposer que le législateur OHADA prévoit la possibilité que l'exercice du droit de retrait soit limité par des dispositions statutaires[73]. Ainsi, c'est un moyen pour le législateur d'aménager par les statuts la sortie des associés de la société à capital variable. L'objectif étant d'empêcher l'associé d'exercer abusivement ou sans contrôle son droit de retrait, qui peut nuire à la stabilité financière de la société. Ainsi, les statuts pourraient fixer avec précision les conditions d'exercice du droit de retrait des associés[74] et les justes motifs justifiant ce droit reconnu à l'associé de sortir de la société lorsqu'il le juge utile. La détermination précise des conditions de mise en œuvre du droit de retrait mettra ainsi fin à l'insécurité juridique issue de cette faculté accordée aux associés.

Toujours dans la logique de rationaliser le droit de retrait des associés, il pourrait être imposé une obligation de respect du délai de préavis[75] à l'associé voulant se retirer de la société. Les statuts pourraient ainsi imposer cette obligation aux associés. Le délai de préavis permettra à la société de se préparer à la sortie future de l'associé et surtout

[69] A. PLENT, *Le capital social,* thèse, Aix-Marseille Université, 2016, n° 211, p. 107 ; R. LAMBOUADO OUOBA, *op.cit.,* n° 616, p. 305.
[70] S. TOE, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue africaine et malgache de recherche scientifique*, numéro spécial, 2019, n° 34, p. 240.
[71] R. LAMBOUADO OUOBA, *op.cit*., n° 628, p. 311.
[72] *Idem.*
[73] R. LAMBOUADO OUOBA*, op.cit.,* n° 631, p. 313.
[74] *Idem.,* n° 632, p. 313.
[75] *Ibidem.*

à ce dernier d'assumer les engagements souscrits. Ces mesures statutaires peuvent permettre de stabiliser le capital social malgré le retrait des associés.

Conclusion

La clause de variabilité du capital social, innovation majeure de la réforme de l'AUDSCGIE de 2014, est un instrument efficace d'attractivité des sociétés commerciales. Exception au principe de la fixité du capital social admis en droit OHADA, cette clause de variabilité entraine une fluctuation permanente ou à tout moment du capital social de la société. Ainsi, les variations du capital peuvent se faire soit à la hausse, soit à la baisse de façon simplifiée suite à la dispense ou à l'assouplissement des formalités contraignantes relatives aux opérations sur le capital social en droit OHADA. Cette simplification des opérations sur le capital social grâce à la clause de variabilité avait pour objectif d'attirer les investissements. Cependant, le bilan de l'introduction de la clause de variabilité du capital social s'avère mitigé plus d'une décennie après son adoption en droit OHADA. En effet, les sociétés à capital variable peinent à s'implanter dans l'espace OHADA. Ce manque de succès manifeste de manière claire l'absence d'attractivité des sociétés à capital variable auprès des investisseurs. Les limites de la clause de variabilité appellent le législateur OHADA à entreprendre une réforme de cet outil d'ingénierie juridique dans le but d'élaborer un régime juridique propre aux sociétés à capital variable et capable de promouvoir l'attractivité desdites sociétés.

UNE REVISITATION DE LA NOTION D'INTERÊT SOCIAL EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE L'OHADA

Simon De Gaulle NJONGA MOUKALA
Chargé de cours à l'Université de Douala

Résumé : Qu'est-ce que l'intérêt social ? La doctrine est partagée sur la question. Selon la conception contractuelle, l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés. L'article 4 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE précise en effet, en son alinéa 2, que la société doit être créée dans l'intérêt commun des associés. Selon la conception institutionnelle, l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste des associés, la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés. D'après la conception inspirée de la doctrine de l'entreprise, l'intérêt social englobe de multiples intérêts : l'intérêt des salariés, des créanciers, des associés. Par-delà la controverse doctrinale, ce qui semble retenir l'attention ici, c'est le rôle que joue l'intérêt social au sein des sociétés commerciales. Tantôt, l'intérêt social peut être perçu comme un bouclier qui protège la société contre les conflits d'intérêts ou les abus de pouvoir : abus de majorité, abus de minorité ou d'égalité, abus de biens sociaux ; tantôt, l'intérêt social peut être considéré comme un instrument de pérennisation de la société à travers des mécanismes de contrôle de la gestion sociale et de sanction des dirigeants indélicats.

Introduction : La notion d'intérêt social n'est pas simple à appréhender, c'est une véritable pieuvre dont la flexibilité et les contours ne facilitent pas la maitrise. L'intérêt social, intérêt commun des associés ou intérêt de la société ? Le législateur OHADA, qui ne donne pas de définition claire et précise de l'intérêt social, penche manifestement pour la conception contractuelle : l'intérêt social se confond avec l'intérêt commun des associés ; l'intérêt commun est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans les statuts de la société. Le fondement de cette conception contractuelle réside dans l'article 4 alinéa 2 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales qui prévoit clairement que « la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés ». Pour le Professeur SCMIDT, « l'intérêt d'un associé dans la société est de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel. Cet intérêt est le même pour chacun des associés : il leur est commun »[1]. De ce point de vue, on peut valablement admettre que la société est constituée pour la satisfaction de l'intérêt commun des associés : la décision prise lors d'une assemblée générale ordinaire de distribuer des dividendes aux associés au moment où la société connait d'énormes difficultés en raison d'une crise conjoncturelle qui secoue son secteur d'activité ; alors qu'une affectation des résultats en termes d'incorporation aux réserves aurait été judicieuse et salvatrice pour la société. Ceci implique que toutes les décisions allant dans le sens de maximiser le profit des associés sont conformes à leur intérêt commun, il suffit juste que chacun des associés y trouve son compte[2]. En d'autres termes, « l'intérêt qui est commun à tous les associés est de s'enrichir individuellement grâce au partage du profit social »[3]. Toutefois, selon la conception institutionnelle, l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste et

[1] D. SCMIDT, « De l'intérêt social », *JCPE*, 1995, n° 38.488.
[2] M. DIAWARA, *La notion d'intérêt social dans l'AUSCGIE révisé*, Mémoire de master, Université Assance Scek de Ziguinchor, 2019, p. 20.
[3] M.A. MOUTHIEU NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L' Harmattan, 2009, p. 37

immédiat des associés, fussent-ils majoritaires ou minoritaires, encore moins avec l'intérêt personnel des dirigeants. La société, personne morale, a un intérêt propre qui transcende celui des associés. Cependant, l'intérêt social peut-il être confiné au seul intérêt de la société ? La doctrine de l'entreprise considère que l'intérêt social englobe l'intérêt de l'entreprise qui prend en compte tous les intérêts catégoriels : intérêt des associés, des salariés, des créanciers. L'entreprise doit être entendue comme un ensemble de moyens en capital et en travail destiné à assurer la production de biens et de services ; il s'agit de l'intérêt d'un organisme économique, point de rencontre de multiples intérêts[4]. Il s'agit là d'une conception extensive de l'intérêt social qui ne peut être confiné au seul intérêt de la société personne morale.

Au-delà de la controverse doctrinale suffisamment nourrie autour de la notion d'intérêt social qui, au demeurant, apparait comme une notion floue dont les contours n'ont pas été clairement définis par le législateur OHADA, il convient de s'interroger sur ce qui constitue le cœur même de notre analyse : quelle est la finalité de l'intérêt social en droit OHADA ? À la lecture de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, deux hypothèses peuvent être envisagées : L'intérêt social est un bouclier qui vise à protéger la société commerciale en servant d'instrument de régulation des conflits d'intérêts au sein de la société : le comportement des dirigeants (abus de biens sociaux) ou les dissensions entre les associés (abus de majorité, de minorité ou d'égalité) peuvent provoquer des crises affectant l'existence même de la société. L'intérêt social est donc « la boussole » qui guide les comportements au sein de la société commerciale ; il sert à tracer la frontière entre ce qui est permis et ce qui est interdit dans la société commerciale.

L'intérêt social est un instrument de pérennisation de la société commerciale à travers le contrôle de la gestion sociale (l'alerte, l'expertise de gestion, etc..) et la responsabilité des dirigeants sociaux tant sur le plan civil que pénal.

L'intérêt d'une telle étude réside certainement dans la mise en évidence du rôle prépondérant de l'intérêt social dans la gouvernance d'entreprise, c'est la boussole qui indique la conduite à suivre et qui permet de détecter les déviances préjudiciables à la société. L'intérêt social peut donc valablement être appréhendé comme un instrument de régulation (I) et de pérennisation (II) de la société commerciale.

I. L'intérêt social, un instrument de régulation du pouvoir au sein de la société commerciale

L'intérêt social est un garde-fou du pouvoir dans les sociétés commerciales. Il sert à protéger les sociétés contre les abus de pouvoirs. Afin de préserver les sociétés d'un éventuel suicide, l'intérêt social permettra de régler les dissensions entre associés (A) et les dérives managériales (B).

A. Le règlement des dissensions entre associés

Chaque associé dispose du droit de vote lors de la tenue des assemblées générales. L'exercice de ce droit de vote lui permet de défendre ses intérêts personnels, mais il est tenu également de prendre en compte l'intérêt social qui doit être préservé pour la survie de la société. Malheureusement, ce n'est pas souvent le cas. Des associés peuvent faire un usage abusif de leur droit de vote au détriment de l'intérêt de la société. C'est notamment le cas des abus de majorité (1) et de minorité ou d'égalité (2).

[4] J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCPG,* 1984, I. n° 3148.

1. L'abus de majorité

Comparable à l'abus de droit, il s'agit d'une décision ayant pour but de rompre l'égalité entre actionnaires et justifiée par l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société[5]. Selon le législateur OHADA, trois conditions sont nécessaires pour caractériser l'abus de majorité : une décision non justifiée par l'intérêt de la société, une décision dans le seul intérêt des associés majoritaires et une décision contraire aux intérêts des associés minoritaires. Il ressort clairement d'une décision de la CCJA que c'est en violation de ces trois conditions cumulatives prévues à l'article 130 alinéa 2 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales qu'une cour d'appel s'est limitée à déclarer que la réserve de 140. 000. 000. 000 F était suffisante pour relancer les activités de la société en cause et honorer des engagements vis-à-vis de ses partenaires et que les actionnaires majoritaires ne prouvaient pas que la décision d'affecter une partie des bénéfices aux réserves n'était pas prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité, sans relever la réalisation d'aucune des conditions précitées, exposant ainsi son arrêt à cassation. La CCJA poursuit en excipant que sur l'évocation, la défenderesse doit être déboutée de ses demandes, fins et conclusions, la preuve de l'abus de majorité n'a pas été rapportée et le jugement infirmé. Aucune intention de nuire n'ayant été relevée dans l'action de la demanderesse, la demande de dommages-intérêts de la demanderesse doit être rejetée[6].

La CCJA, dans une autre affaire, a apporté des précisions utiles quant à la caractérisation de l'abus de majorité dans l'affaire opposant la société Onyx Development SAS, Afrique formation et participation (AFRIPART), Madame Fatchima Daddy Gaoh et autres à messieurs Sani Sabo Gado et Hadi Ali Maazou, objet de l'arrêt n° 107/2020 rendu le 09 avril 2020. Dans cette espèce mettant en scène les actionnaires de la société de transformation alimentaire (STA) SA, l'actionnaire Sani Sabo Gado sollicitait sur le fondement de l'abus de majorité l'annulation de la résolution de l'assemblée générale ordinaire au cours de laquelle les actionnaires majoritaires avaient voté une résolution le révoquant de ses fonctions d'administrateur de ladite société. Les juges du fond avaient alors estimé qu'il y avait abus de majorité et prononcé la nullité de cette résolution. La CCJA casse et annule l'arrêt d'appel au motif qu'au sens des dispositions de l'article 130 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE, pour être constitutive d'abus de majorité, la décision collective doit être contraire à l'intérêt de la société et être prise dans le dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment de la minorité ; qu'ainsi, en retenant simplement que la révocation de monsieur Sani Sabo Gado constitue en soi un abus de majorité puisque celui-ci est l'un des grands actionnaires et en même temps fondateur et que, sans lui, le conseil d'administration pourra prendre des décisions contrariant l'intérêt de la société, sans relever la réalisation des conditions prescrites par l'article 130 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE qui seules, peuvent caractériser l'abus de majorité, la cour d'appel a violé cette disposition de l'acte uniforme[7].

La sanction de l'abus de majorité est la nullité de la décision litigieuse[8]. La nullité peut être demandée : par le président de la société au nom de celle-ci[9] ; par les associés et

[5] Art. 130 al.2 AUSCGIE.
[6] CCJA, 2ème ch. n° 134, 12 novembre 2015 : Société Générale de Banques en Guinée, Société générale France c/ Société Hann et Compagnie, Ohadata J-16-127.
[7] *Vingt ans de jurisprudence CCJA,* (sous dir) NGWANZA Achille, Actes du colloque organisé par la Conférence des Barreaux de l'espace OHADA et JUS AFRICA du 23 au 25 mars 2022.
[8] Art. 130 al. 1 AUSCGIE.
[9] Cass. com. 21 janv. 1997, *RJDA* 4/97, n° 525.

en référé en présence d'une omission de la société à solliciter les mesures nécessaires à la nullité[10] ; par les associés pouvant obtenir des dommages-intérêts à la condition d'assigner les majoritaires et non la société en tant que seuls auteurs de la faute ouvrant droit à réparation[11] ; par le gérant pouvant exercer au nom de la société, d'une part, une action en nullité pour abus de majorité de conventions dites d' « assistance » et de « groupe » conclues entre un ancien gérant et un associé majoritaire et, d'autre part, une action en restitution des sommes perçues en exécution de ces accords[12] ; même par des actionnaires qui ont voté en faveur de l'adoption de la résolution litigieuse[13].

L'abus de majorité requiert donc la démonstration de l'influence déterminante des associés majoritaires dans l'adoption des décisions qui favorisent leurs intérêts au détriment de ceux des minoritaires, sans que ces décisions ne répondent aux besoins de la société.

2. L'abus de minorité ou d'égalité

Face à la superbe des forts, il faut compter sur la tyrannie des faibles, ce qui pose le problème de l'abus de minorité[14]. Un associé minoritaire se rend coupable d'abus si son attitude a été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés. L'abus de minorité implique donc une conjonction d'éléments objectifs (une opération essentielle et conforme à l'intérêt social) et d'éléments subjectifs (l'attitude égoïste des minoritaires[15]. Au sens de l'article 131 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité. Il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. Il a été décidé dans plusieurs affaires que commet un abus de minorité : L'actionnaire minoritaire d'une société anonyme s'opposant à une augmentation de capital essentielle au renouvellement de la concession d'exploitation du casino par les pouvoirs publics en vue d'obliger les majoritaires à assumer seuls les risques de leur projet bénéfique pour le minoritaire souhaitant par ailleurs préserver son projet d'ouvrir lui-même un casino[16] ; l'actionnaire minoritaire ayant refusé trois fois pour des motifs personnels de souscrire à une augmentation du capital dont il connaissait l'importance pour la société a été condamné à verser une indemnité égale à 30% du préjudice subi par le président de la société en raison de la fin de la société[17] ; l'actionnaire minoritaire qui s'oppose au vote d'une augmentation de capital déterminante de la survie de la société pour des motifs personnels dans l'unique dessein de gêner le fonctionnement de la société à la suite de son éviction de son poste d'administrateur et en vue de satisfaire ses intérêts dans une société concurrente[18].

L'abus d'égalité n'est qu'une variété d'abus de minorité et est soumis au même régime. L'hypothèse vise surtout les sociétés composées de deux associés possédant chacun la moitié du capital social. Désormais, l'abus de minorité peut être constitué lorsque les associés qui, étant à égalité de voix avec ceux qui ont voté la décision, l'ont refusée.

---

[10] CA Paris. 20 mars 2002, n° 01/22215, *RJDA* 7/02, n° 762.
[11] Cass. com. 6 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 171.
[12] Cass. com. 21 janv. 1997, *RJDA* 4/97, n° 525.
[13] Cass. 3ème civ. 19 juil. 2000, n° 98-17.258, *RJDA* 5/04, n° 560.
[14] A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles : De l'abus de minorité en droit des sociétés » : Mélanges Yves GUYON, Dalloz, 2003, p. 213.
[15] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 25ème éd., LexisNexis, 2012, p. 235.
[16] Cass. com., 18 juin 2002, n° 1180, *RJDA* 3/03, n° 262.
[17] CA Lyon., 20 déc. 1984, *D.* 1986, p. 506, note REINHARD.
[18] Cass. com., 5 mai 1998, *RJDA* 7/98, n° 862.

L'abus d'égalité ne peut prospérer véritablement que dans les SARL comportant deux associés à égalité de parts et des sociétés dans lesquelles le capital est faible et le nombre des associés très réduit. Le danger d'une telle configuration réside dans l'exigence de l'unanimité pour toute prise de décisions. L'un des associés peut alors profiter de ce mécanisme pour provoquer un blocage politique, nuisible au fonctionnement de la société en s'abstenant ou en votant contre les propositions avancées par son associé. Lorsque ce refus est systématique et non justifié et lorsqu'il entraine la paralysie de la société, l'abus d'égalité est alors constitué[19]. Dans une affaire, la Cour de cassation française a reconnu qu'il y avait abus d'égalité dans une SARL regroupant deux frères ; elle a jugé que constituait un abus d'égalité le refus par l'un d'eux de voter la mise en réserve des bénéfices dont la société avait besoin pour financer un investissement important, vital pour la survie de la société[20]. En revanche, dans une autre affaire, la Cour de cassation française avait écarté l'abus d'égalité dans une SARL regroupant deux frères détenant chacun la moitié du capital social. En l'espèce, l'un d'eux refuse systématiquement toutes les résolutions proposées par son coassocié, gérant de la SARL. Le gérant et la société assignent l'associé récalcitrant en dommages et intérêts sur le fondement de l'abus d'égalité. Le tribunal de commerce de Salon-de-Provence fait droit à la demande et condamne lourdement l'associé : il doit verser dix millions de francs à la société et deux millions à son frère. La décision est infirmée en appel et le pourvoi engagé par le gérant est rejeté. D'après la Cour de cassation, loin de constituer un abus, l'opposition de l'associé est justifiée par l'attitude du gérant, notamment les carences dans la gestion et le refus de transparence imputables à ce dernier, ont légitimé la suspicion de l'autre associé et son refus corrélatif de voter les résolutions qui lui étaient soumises ; la preuve d'une atteinte à l'intérêt général de la société n'est donc pas rapportée[21]. La moralité à tirer de cette décision de la Cour de cassation est qu'il ne faut pas trop vite crier à l'abus d'égalité en cas de refus de vote de l'un des associés égalitaires.

La juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social, y compris celui des différents associés[22]. C'est également ce qu'il ressort de cette décision de la Cour de cassation française dans le célèbre arrêt FLANDIN : les juges peuvent valablement désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires[23].

B. Le règlement des dérives managériales

Les dirigeants sociaux peuvent porter atteinte au patrimoine de la société en faisant un usage personnel de ses biens qui est préjudiciable à l'intérêt social. Dans le but de protéger la société, le législateur Ohada a incriminé l'abus des biens et du crédit de la société (1), dont la répression soulève plusieurs controverses (2).

1. L'incrimination de l'abus des biens et du crédit de la société

L'administration des sociétés expose les dirigeants sociaux à certaines tentations auxquelles la pratique démontre qu'il n'est pas rare qu'ils succombent. Le législateur OHADA incrimine la délinquance financière à travers un dispositif pénal suffisamment rigide et dissuasif.

---

[19] J. BUSSY, *Droit des affaires*, 2ème éd., Dalloz, 2004, p. 223.
[20] Cass. com., 16 juin 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1983, note P. LE CANNU.
[21] Cass. com., 8 juil. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 980, obs. E. LEPOUTRE.
[22] Art. 131 al. 3 AUSCGIE.
[23] Cass. com., 9 mars 1993, *RJDA* 4/93, n° 323.

Selon l'article 891 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : « Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la sociétés par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraires à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement »[24]. Cette incrimination a pour finalité d'éviter les scandales financiers et la spoliation du patrimoine social. Seuls les dirigeants sociaux peuvent être poursuivis pour abus de biens sociaux car il s'agit d'un délit de fonction[25].

L'élément matériel. Il s'agit non seulement de l'usage des biens qui désigne des actes portant durablement atteinte au patrimoine de la société, tels les actes de disposition comme le détournement des biens ou des fonds appartenant à la société, mais aussi de l'usage du crédit qui peut consister par exemple pour un dirigeant à faire cautionner ses dettes personnelles par la société[26]. Il a ainsi été jugé que le délit d'abus de biens sociaux est constitué par le fait pour un directeur général de société : De s'accorder un prêt en violation de l'article 450 alinéa 1er de l'AUSCGIE (interdiction de conclure un prêt avec la société), peu importe que ce prêt ait été accordé durant un conseil d'administration, qu'il profite à l'ensemble du personnel, et soit en cours de remboursement[27] ; d'avoir indûment prélevé sur la trésorerie de la société une somme au profit d'avocats ayant protégé les intérêts (personnels) de certaines actionnaires, ces avocats eux-mêmes ayant défendu les intérêts des actionnaires qui les ont choisis dans leur propre intérêt et non pas dans l'intérêt social.[28]

L'élément matériel est également caractérisé par un usage contraire à l'intérêt social. Les tribunaux considèrent comme contraire à l'intérêt social l'acte qui fait courir un risque anormal à la société[29]. Il a été jugé qu'est contraire à l'intérêt social : L'usage des fonds sociaux en vue de faciliter le fonctionnement d'une structure sans personnalité morale qui porte incontestablement atteinte à l'intérêt social, même si la société n'exerce plus aucune activité[30] ;

L'omission des dirigeants sociaux de rembourser à la société un montant débité par une banque à la suite d'une erreur de compte au bénéfice d'une société civile gérée par les seuls associés[31] ; le fait d'avoir fait régler par la société des redevances de prestations de services à une autre société qui s'avéraient excessives eu égard à la valeur réelle des services fournis[32]. La Cour de cassation française a également décidé qu'un acte illicite est contraire à l'intérêt social : des prélèvements frauduleux ont été opérés par des dirigeants dans les caisses sociales en vue de corrompre un élu, de façon à obtenir des dégrèvements fiscaux ou des marchés importants[33]

L'élément moral. Il s'agit d'abord du dol spécial qui désigne l'usage effectué dans un but personnel, qui révèle chez le dirigeant la volonté de vouloir satisfaire un intérêt personnel. L'objectif personnel poursuivi par l'auteur du fait peut être : Matériel, en

[24] C. com ; art. L. 242-6, 3° et 4°.
[25] L. BIHAIN, « Le délit d'abus des biens sociaux », *Revue de droit commercial*, 1998, p. 93-102.
[26] Cass. crim., 10 mai 1955, Bull n° 234.
[27] TGI OUAGADOUGOU, corr., 10 janv. 2005, SS.c/M.Y.J.V.A ; ex directeur général de l'U.A.B., *Revue burkinabé de droit*, n° 42, ohadata J-05-248.
[28] TGI Ouagadougou, n° 860, 10 Janv. 2000 : Ministère public C/Y.J.V.A., ohadata J-05-225.
[29] Cass. crim, 24 mars 1969, Bull. crim. n° 130.
[30] Cass. crim., 19 oct. 2005, n° 5687, *RJDA* 7/06, n° 792.
[31] Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 724, *RJDA* 6/04, n° 721, 1ère esp.
[32] CA Versailles, 30 juin 2005, n° 04-748, *RJDA* 11/05, n° 1238.
[33] Affaire MOUILLOT (Cass. crim, févr.1997, *Bull. joly sociétés* 1997, P.291, note J.-F. BARBIERI ; Affaire CARIGNON (Cass. crim, 27 oct.1997, *JCPG* 1998, II, 10017, note M. PRALUS.

cas d'enrichissement du dirigeant, de maintien de sa situation personnelle au sein de la société[34] ; moral et naitre de l'intention de maintenir de bonnes relations avec un tiers, notamment proche des sphères politiques[35] ; non exclusif[36], un dirigeant a ainsi été condamné pour avoir engagé une dépense non due afin de préserver le chiffre d'affaires de la société[37]. Il convient de préciser que seul le juge est compétent pour caractériser l'intérêt personnel du dirigeant dans chaque affaire[38].

En ce qui concerne le dol général, il désigne l'usage fait de mauvaise foi, c'est-à-dire que le dirigeant avait conscience du caractère délictueux de son comportement. La mauvaise foi s'apprécie au moment où les actes incriminés ont été commis[39]. L'on peut voir la manifestation de la mauvaise foi du prévenu dans la simple connaissance de l'avantage retiré ou dans les compétences particulières du dirigeant[40].

2. La problématique de la répression de l'abus des biens et du crédit de la société

L'un des objectifs majeurs de la création de l'OHADA est l'unification du droit sur le territoire des États membres. Il ne fait aucun doute que cet objectif d'intégration juridique est un plein succès, les actes uniformes en sont la preuve palpable. Cependant, l'œuvre d'unification connait des entraves, notamment en matière pénale. Le législateur OHADA procède en effet à une répartition de compétences, il détermine les incriminations et laisse le soin aux États de sanctionner. Aux termes de l'article 5 alinéa 2 du Traité OHADA : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». La répression est donc renvoyée aux différentes législations des États membres. Et c'est bien là que réside tout le problème : le risque de diversité et de disparité des sanctions pénales. Les sanctions seront différentes et plus ou moins sévères selon les États. On va donc osciller entre indulgence et sévérité[41]. Le Professeur MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire affirme d'ailleurs non sans pertinence que : « le choix de cette dynamique iconoclaste a pour dérives : la multiplication des législations et l'émergence des paradis pénaux »[42]. Le Cameroun[43] et le Sénégal[44] ont adopté des sanctions pénales internes pour compléter les incriminations prévues par le droit OHADA. Au Cameroun, la loi n° 2003/OO8 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes, en son article 9, punit l'abus des biens et du crédit de la société d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 2.000 000 à 20.000 000 de francs CFA. Au Sénégal en revanche, l'article 6 de la loi n° 98/22 prévoit une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et une amende de 100.000 à 5.000 000 FCFA. L'on constate clairement que si les peines d'emprisonnement sont identiques, les peines d'amendes sont plus fortes au Cameroun. Le législateur camerounais est donc particulièrement sévère à l'égard des dirigeants sociaux coupables.

Une autre difficulté pourrait surgir, celle relative à la détermination de la juridiction compétente. Est-ce le tribunal de première instance agissant en matière correctionnelle

[34] Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 5241, *RJDA* 10/05, n° 1120.
[35] Cass. crim., 14 nov. 2007, n° 06-87.378, *RJDA*3/08, n° 290.
[36] Cass. crim., 14 mai 2003, n° 2610, *RJDA* 3/04, n° 322.
[37] Cass. crim., 10 mars 2004, n° 1445 : RJDA 7/04, n°841.
[38] Cass. crim., 4 nov. 2004, n°6236, *RJDA* 5/05, n° 577.
[39] CA Chambéry, 10 oct. 2013, n° 13/00306, *RJDA* 3/14, n° 238.
[40] Cass. crim., 14 déc.2000, *Bull. joly sociétés* 2001, p. 488, note P. LE CANNU.
[41] R. SOCKENG, La délinquance économique et financière, Séminaire de formation à l'ERSUMA, 27 et 28 mars 2008.
[42] H.M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des États membres de l'OHADA : une solution-problème à l'intégration juridique », *Juridical Tribune*, Volume 3, Issue 2, 2013, p. 99.
[43] Loi n° 2003/OO8 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA.
[44] Loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

ou le tribunal de grande instance agissant en matière criminelle ?[45] Étant entendu que les peines prévues par les différentes législations des États membres de l'OHADA prévoient des peines qui ne sont pas forcément de même nature en raison de degrés différents de sévérité. L'intégration juridique recherchée par l'OHADA reste donc une œuvre inachevée, c'est une quête permanente.

II. L'intérêt social, un instrument de pérennisation de la société commerciale

Pérenniser la société, c'est garantir sa survie. La protection de la société vise à préserver l'intérêt social à travers divers mécanismes élaborés par le législateur OHADA. Il s'agit en l'occurrence des mécanismes de contrôle de la gestion sociale qui servent à prémunir la société contre des actes frauduleux ou de prévarication qui lui seraient préjudiciables (A) ; un régime de responsabilité permettant de mettre en cause les dirigeants fautifs ou indélicats est également élaboré pour sanctionner les atteintes à l'intérêt social (B).

A. Le contrôle de la gestion sociale

Les associés ont un droit de regard sur la gestion sociale. S'ils s'estiment peu éclairés sur la gestion sociale, ils peuvent faire recours à l'alerte (1) ou à l'expertise de gestion (2).

1. L'alerte

La raison d'être de l'alerte est la sauvegarde de l'intérêt social et par ricochet, la protection des intérêts particuliers des actionnaires[46]. Les associés ont un droit de regard sur la gestion sociale. Ils doivent attirer l'attention des dirigeants sociaux lorsqu'ils ont des raisons de croire que la société se porte mal ou qu'elle est en difficulté, sans pour autant être en cessation des paiements. Le législateur OHADA prévoit l'exercice d'un droit d'alerte au profit des associés et des actionnaires respectivement des sociétés autres que les sociétés anonymes et des sociétés par actions. En effet, en ce qui concerne les sociétés autres que les sociétés par actions, « tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »[47] L'associé doit interroger par écrit les dirigeants sociaux sur la situation financière de l'entreprise ou sur l'exploitation proprement dite. L'associé peut donc déclencher l'alerte en cas de dégradation de la trésorerie, de résultat déficitaire, d'accroissement excessif des charges, de baisse anormale d'activité, de résiliation d'un contrat et même, de la perte d'un procès ou d'une grève. Ceci signifie tout simplement que le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ne revêt pas forcément un aspect comptable ou financier. Le gérant ayant été alerté sur la situation plutôt préoccupante de la société, ceci par le biais de questions écrites à lui adressées par les associés, est tenu d'y apporter des réponses par écrit dans le délai de quinze jours, réponse devant également être communiquée dans le même délai au commissaire aux comptes, s'il en existe un. Le législateur OHADA reconnait aussi un droit d'alerte aux actionnaires des sociétés anonymes. Il prévoit en effet que : « Tout actionnaire peut deux fois par exercice poser des questions au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». La réponse est communiquée au commissaire aux comptes[48].

---

[45] Au Cameroun, selon la loi de 2006 portant organisation judiciaire, les contraventions et les délits relèvent de la compétence du tribunal de première instance, tandis que les crimes et délits connexes ressortissent de la compétence du tribunal de grande instance.
[46] J. AYANGMA AYANGMA, *La protection des associés dans la société anonyme : étude comparée droits français et OHADA des sociétés commerciales*, mémoire DEA, université de Douala, 2004, p. 46.
[47] Art 157 AUSCGIE.
[48] Art 158 AUSCGIE.

La procédure d'alerte ne peut véritablement prospérer devant le juge que si l'associé fait la démonstration de l'existence de faits de nature à paralyser le fonctionnement de la société. La CCJA affirme précisément que : « si l'actionnaire était effectivement convaincu des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société, il aurait dû depuis lors, en application des dispositions de l'article 157 de l'Acte susvisé, posé par écrit des questions y relatives à la gérante ; or, il ne l'a pas fait, laissant apparaitre qu'en l'espèce, rien n'urgeait pour saisir le juge des référés ; il est de jurisprudence constante, que seuls les faits paralysant le fonctionnement de la société sont de nature à justifier la nomination d'un administrateur provisoire ; or, en l'espèce, l'actionnaire ne démontre nullement que la société est paralysée ; bien au contraire, il est prouvé par des productions, que les bilans et comptes ont toujours été correctement tenus ; en plus, l'imminence de la liquidation de la société n'a pas été rapportée ; il en résulte que c'est à tort que le premier juge a statué comme il l'a fait »[49].

L'alerte n'est pas la chasse gardée des associés, le commissaire aux comptes peut également y faire recours. Le commissaire aux comptes assure le contrôle externe de la société, il doit veiller à la protection et à la sauvegarde de l'intérêt social. Il doit, en cas de mauvais résultats persistants, demander des explications au dirigeant qui est tenu de lui répondre dans un délai déterminé. Le commissaire aux comptes a donc le devoir de donner l'alerte, qu'il s'agisse des sociétés autres que les sociétés anonymes ou des sociétés par actions. En ce qui concerne particulièrement les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes alerte le président du conseil d'administration ou le président directeur général par le biais d'une demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications de ces derniers[50], tenus de répondre dans « les quinze jours qui suivent la réception de la demande d'explication »[51] . Cependant, il peut arriver que les dirigeants sociaux ne répondent pas à la demande du commissaire aux comptes, ou que la réponse donnée ne soit pas satisfaisante. Dans ce cas, le commissaire aux comptes invite les dirigeants interpellés, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée, à se prononcer dans les quinze jours qui suivent la réception de la réponse des dirigeants ou la constatation de l'absence de réponse[52]. Cette procédure vise en réalité à amener l'administrateur interpellé à faire délibérer le conseil d'administration qui doit se tenir obligatoirement en présence du commissaire aux comptes[53]. À défaut de réaction des dirigeants ou si malgré les décisions prises par ces derniers la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui sera présenté à la prochaine assemblée générale ou à une assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence[54]. Il appartiendra alors à l'assemblée générale d'apprécier les faits à elle présentés par le commissaire aux comptes et de se prononcer. Il convient également de préciser que les associés, en leur qualité de propriétaire, peuvent, toujours dans un but de contrôle de la gestion sociale, faire désigner un expert de gestion.

2. L'expertise de gestion

L'expertise de gestion vise la protection de l'intérêt social[55]. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation française exige du demandeur qu'il fasse état d'une présomption d'irrégularité, ou du moins qu'il établisse que l'opération concernée est susceptible de

[49] CCJA, 22 nov. 2007, n° 034/2007.
[50] Art 153 AUSCGIE.
[51] Art 154 AUSCGIE.
[52] Art 155 al.1 et 2 AUSCGIE.
[53] A.-E. SONGUE, *Le droit des sociétés Ohada à l'épreuve des principes du gouvernement d'entreprise,* mémoire, université de Yaoundé II-SOA, 2006 p. 66.
[54] Art 156 AUSCGIE.
[55] A. FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Revue Penant*, 2002, p. 153.

porter atteinte à l'intérêt social[56]. Parfois, l'associé mécontent souhaite simplement avoir plus d'informations sur la gestion avant d'engager la responsabilité des dirigeants sociaux. Il sollicitera alors la désignation d'un expert de gestion si le doute persiste[57]. Le Professeur MODI KOKO BEBEY Henri Désiré affirme à juste titre que : « L'expertise de gestion répond au souci premier de garantir une information fiable »[58]. Le Tribunal régional de Niamey précise également que « l'expertise de gestion doit être ordonnée, dès lors qu'elle a été demandée par un associé (…) qui se plaint de n'être pas informé de la vie sociale et doute de la sincérité et du sérieux des résolutions prises en assemblées »[59].

Le législateur OHADA énonce clairement les conditions de désignation d'un expert de gestion. Il prévoit que : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion »[60]. L'expertise de gestion ne peut véritablement être mise en œuvre que si elle tend à apporter des clarifications sur une ou des opérations de gestion déterminées. Autrement dit, l'expertise de gestion n'a pas pour but de faire procéder à un audit, c'est-à-dire à un contrôle ou à une critique de l'ensemble de la gestion de la société. Il a ainsi été décidé que la mission donnée à l'expert désigné ne saurait avoir un caractère général et imprévu, porté sur l'ensemble du fonctionnement et de la gestion de la société, et sur l'exécution d'engagements pris par la société[61]. La mission attribuée à l'expert ne doit donc pas être générale et doit préciser les actes de gestion[62]. Dans une espèce, la Cour commune de justice et d'arbitrage a décidé qu' « au sens des articles 159 et 160 de l'acte uniforme sus indiqué, l'expertise de gestion porte sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées de la société. (…) qu'en l'espèce, en sollicitant une expertise de gestion tendant de manière générale à auditer les comptes et à vérifier la sincérité des états financiers de synthèse de ces sociétés pour l'exercice 2007 sans identifier précisément la décision de gestion critiquée ni même rapporter les éléments pouvant présumer de l'irrégularité de ladite décision, alors que l'opération d'expertise ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion faites par le dirigeant de la société, la demande d'expertise de gestion qui ne détermine aucune opération de gestion précise est mal fondée »[63]. Les associés minoritaires sollicitant la désignation d'un expert de gestion sont alors tenus d'évoquer les faits précis sur lesquels porte leur demande[64]. En réalité, l'expert de gestion n'est pas un commissaire aux comptes et sa nomination suppose l'existence de présomptions d'irrégularités. Le juge saisi peut désigner un ou plusieurs experts dont il détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs[65].

B. La sanction de la gestion sociale

Les dirigeants indélicats qui, par leur mauvaise gestion, ont porté gravement atteinte à l'intérêt social, doivent voir leur responsabilité engagée (2) et peuvent même être révoqués de leurs fonctions (1).

---

[56] Cass. com., 10 févr. 1998, *JCPE* 1999, P. 771, note D. GIBIRILA.
[57] D. MOUNEGA, *Le contentieux sociétaire en droit OHADA*, éditions Sire OHADA, 2021, p. 301.
[58] A.D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Rev.soc.* 2002, p. 255.
[59] Tribunal Régional de Niamey (Niger), ord. Réf. 22 octobre 2002, n° 245.
[60] Art 159 AUSCGIE.
[61] Douai, 10 juill.1970, *Rev. sociétés* 1970. 662, note HEMARD ; V aussi Cass. com.16 juin 1998, *Bull. Joly* 1998.1063, note SCHOLER.
[62] Versailles, 25 oct.1990, *D.* 1992. somm.180, obs, BOUSANET et BUGEJA.
[63] CCJA, 13 juin 2013, n° O56/2013 ; CCJA, 16 mai 2013, n° 042/2013 ; Tribunal de première instance de Yaoundé, 25 septembre 2013, n° 374.
[64] R. YAMBI, *L'opportunité du contrôle de la gestion des sociétés commerciales en droit ohada*, mémoire DEA, université de Douala, 2005, p. 40.
[65] Paris, 30 juin 2004, *RJDA* 2005, n° 279 ; Versailles, 4 nov. 2004, *RJ com.* 2005, 80, note TRAVIER.

1. La révocation des dirigeants fautifs

Les associés doivent-ils maintenir toute leur confiance à un dirigeant qui a manifestement outrepassé ses pouvoirs en commettant des abus préjudiciables à la société ? Un dirigeant qui abuse de la gestion sociale trahit la confiance placée en lui par les associés et mérite d'être sanctionné. Le législateur OHADA précise en ce qui concerne la SARL que « le ou les gérants statutaires ou non sont révocables par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales (…) si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts »[66]. Le gérant de la SARL n'est donc pas révocable ad nutum car il est exigé que la révocation intervienne pour juste motif, notamment en cas de comportement fautif du dirigeant. Il a ainsi été jugé que constituent des motifs légitimes de révocation : le fait pour le gérant de s'abstenir de convoquer l'assemblée générale ordinaire des associés, devant laquelle il doit rendre compte de sa gestion, ainsi que le fait de procéder de son chef à une augmentation de capital qui entre dans les pouvoirs de la seule assemblée générale extraordinaire des associés[67] ; le fait pour le gérant d'avoir laissé son compte courant longtemps et significativement débiteur et de s'être fait fautivement attribuer des remboursements de frais de manière précipitée et indue[68] ; le fait de faire du crédit de la société un usage contraire aux intérêts sociaux[69]. Il a également été jugé que constituent de justes motifs de révocation du gérant le fait de présenter des justificatifs inexacts, falsifiés ou insuffisants afin de bénéficier de remboursements de frais professionnels indus[70] ; le fait d'accomplir des actes de concurrence déloyale à l'égard de la société[71].

2. La responsabilité des dirigeants fautifs

Le dirigeant social, auteur de divers manquements dans l'exercice de ses prérogatives, peut voir sa responsabilité engagée tant sur le plan civil (a) que sur le plan pénal (b).

a. La responsabilité civile

La responsabilité civile des dirigeants peut être mise en œuvre par le biais de deux actions : l'action sociale et l'action individuelle[72]. Chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions[73]. L'action sociale va alors consister à obtenir réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions[74]. L'action sociale se décline en action ut universi et en action ut singuli. En principe, lorsque la société subit un préjudice consécutif à une faute des dirigeants, ce sont ces derniers qui, en qualité de représentants de la personne morale et en vertu de l'action sociale ut universi, devraient agir en justice. Cependant, l'on peut véritablement s'interroger sur l'effectivité même de la mise en œuvre d'une telle action dans la mesure où il serait tout de même invraisemblable d'envisager la possibilité pour un dirigeant social de diligenter une action en justice contre sa propre gestion, surtout en ayant probablement connaissance des conséquences ou des mesures coercitives qui pourraient en résulter. C'est pourquoi les dirigeants sociaux rechignent « à tresser la

---

66 Art. 326 AUSCGIE.
67 Dijon, 2 nov. 1955, *Gaz. Pal* 1956. 1.42; Paris 28 oct 1980, *Bull. Joly* 1980.608.
68 Versailles, 14 sept. 2006, *JCP E* 2006, n° 51-52, p. 2223.
69 Aix-en-Provence, 13 nov. 1945, *Journ. Société* 1949. 370.
70 Paris, 7 Juil. 1995 : Jcp E 1996. Pan. 14.
71 CA Rouen, 16 oct. 1997, *RJDA* 6/98, n° 737.
72 Aux termes de l'article 162 AUSCGIE : « l'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le préjudice ».
73 Art. 165 AUSCGIE.
74 Art. 166 AUSCGIE.

corde qui servira à les prendre »[75] . Toutefois, dans l'optique de protéger le patrimoine social, mieux, de sauvegarder l'intérêt social, le législateur OHADA a prévu une alternative à l'inertie des dirigeants sociaux : l'action sociale ut singuli.

L'action sociale ut singuli a un caractère subsidiaire puisqu'elle ne peut être exercée par l'associé qu'en cas d'inaction des dirigeants sociaux. C'est ainsi que, dans une espèce, les dirigeants de la société n'ayant pas interjeté appel, il était normal que l'associé se voie accorder la possibilité d'exercer une voie de recours[76]. C'est également le cas lorsque les dirigeants en place exercent l'action sociale ut universi de façon purement formelle, sans émettre aucune critique à l'encontre du dirigeant contre lequel l'action en responsabilité civile est exercée. Leur intervention ne saurait alors priver les associés de leur droit propre d'agir ut singuli[77]. Cependant, préalablement à la mise en œuvre de l'action sociale, les associés doivent adresser une mise en demeure aux organes compétents[78] ; c'est donc dire que l'action sociale ut singuli ne peut valablement être exercée que si elle respecte les prescriptions de l'article 167 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui prévoit que l'action sociale ne peut être intentée qu'après mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours[79]. Il a été également décidé que l'action sociale ut singuli a pour objet la réparation individuelle d'un préjudice pécuniaire social.

Ne relève donc pas de cet objet l'action qui a pour fin une obligation de faire telle que la réparation d'un coffre-fort de la société par le dirigeant social[80]. L'action sociale se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation ; elle se prescrit par dix ans pour les crimes[81].

b. La responsabilité pénale

Les dirigeants sociaux sont astreints à une obligation de résultat et de loyauté vis-à-vis des associés et de la société. Leurs comportements déviants peuvent tomber sous le coup de la loi pénale. Des infractions spécifiques ont été conçues pour donner une morale des affaires aux dirigeants qui n'en ont pas[82]. Tel est le cas notamment de la distribution des dividendes fictifs. Le contenu de cette infraction a été clairement précisé par le législateur OHADA en ces termes : « Encourent une sanction pénale les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition des dividendes fictifs »[83]. Les dirigeants sociaux peuvent donc être poursuivis pénalement lorsqu'ils ont procédé à la distribution des dividendes alors même que la société n'a pas réalisé de bénéfices. L'élément matériel consiste en l'absence d'inventaire ou en la conception d'un inventaire inexact. Les dividendes peuvent alors être prélevés irrégulièrement sur le capital social, sur les réserves, sur les bénéfices futurs ou sur les bénéfices indisponibles. Cependant, il ne suffit pas que le bénéfice soit assuré pour que la répartition puisse être faite entre les associés, il faut aussi que ce bénéfice soit complètement réalisé, qu'il soit le résultat d'une opération accomplie[84] ; le délit de

[75] M. COZIAN, A. VIANDIER F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*, p. 138, n° 278.
[76] Cass. crim., 12 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 323, note A. CONSTANTIN.
[77] Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-88305, *dr. sociétés* 2010, n° 78, obs. R. SALOMON ; *JCPE* 2010, 1993, n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER.
[78] CCJA, ass. plein, Arr n° 096/2013, 22 nov. 2013, AFF. ABOSSOLO Joseph et les autres C/ La BELGOLAISE BANQUE SA, BABA MARTIN, HOLDING COFIPA.
[79] Cour d'Appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale, Arrêt n°40 du 02 mai 2003 ; Jacques Firmin TRUCHET C/ Jean Pascal KINDA, Ohadata J-04-365.
[80] CCJA, 2ème chambre, arrêt n°15 du 24 février2005, Affaire ANGOUA KOFFI Maurice C/ La société WIN SARL, Juris OHADA, n°2/2005, P.20.Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n°5, Janvier-Juin 2005, volume 1, p. 65. Ohadata j-05-360.
[81] Art 170 AUDSCGIE
[82] A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2017, p. 200.
[83] Art 889 AUDSCGIE, V. aussi C. com, art. L. 242-6, 1°.
[84] Cass. crim., 28 juin 1862, *DP* 1862.1.305.

distribution de dividendes fictifs est consommé dès que le dividende a été mis à la disposition des actionnaires par une décision ouvrant à leur profit un droit privatif dont la valeur entre aussitôt dans leur patrimoine[85].

De même, encourent une sanction pénale les dirigeants sociaux qui ont sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période[86]. C'est ainsi qu'il a été jugé que le délit de présentation de bilan inexact ne saurait être caractérisé en l'absence, d'une part, de présentation des comptes litigieux en assemblée générale, et d'autre part, de preuve suffisante de la volonté du dirigeant de communiquer sciemment des comptes inexacts en vue de dissimuler la véritable situation de la société[87] ; ont ainsi été annulées les délibérations relatives aux décisions collectives ordinaires issues de l'assemblée générale ordinaire ayant statué sur les états financiers de synthèse annuels ne donnant pas une image fidèle de la gestion de l'entreprise[88].

Enfin, sont exposés à des sanctions pénales le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement[89]. Cependant, la CCJA a décidé dans une affaire que c'est à juste titre que le délit d'abus de biens sociaux a été écarté par une cour d'appel, dès lors qu'il n'a pas été contesté que de manière courante et habituelle des prêts, non contraires à l'ordre public et aux statuts, étaient consentis par l'ancien directeur général de la société, ce d'autant qu'en procédant par une convention notariée, le directeur général a prêté au nom de la société ; et qu'il est également établi que la créance de la société sur le demandeur n'a nullement été occultée et était connue des nouveaux actionnaires, de même qu'elle a été confirmée par les commissaires aux comptes[90].

[85] Cass. crim., 28 mars 1936, *DH* 1936.270.
[86] Art. 890 AUSCGIE.
[87] Paris, 23 mars 1995, *dr. sociétés* 1999, n° 149, obs. VIDAL.
[88] CA Port-Gentil, 1ère ch. civ et com, 1er mars 2007, Gabon voyages C/Descarceaux, Ohadata J-08-129.
[89] C. com ; art. L. 242-6, 3° et 4°.
[90] CCJA, 3ème ch., n° 157, 18 oct. 2018, Issambi Mbi Bonnes Thierry Francois c/ Sté d'Electricité, de Téléphone et d'Eau du Gabon SA, Jean Pierre Dujacquier.

L'EXTENSION DU DROIT D'ALERTE AUX SALARIÉS EN DROIT OHADA

Simon Christian MANONG SONGMOS
Docteur en droit privé de l'Université de Yaoundé 2

Résumé : Dans le dispositif actuel, la prévention de la défaillance par l'alerte se limite au devoir d'alerte du commissaire aux comptes et au droit d'alerte des associés. Ces deux types d'alerte ne peuvent suffire à informer le dirigeant de manière efficace sur sa situation financière. En conséquence, le domaine du droit d'alerte est très réduit et ne permet pas au dirigeant d'avoir une pluralité de moyens de détection. La présente réflexion propose d'étendre le droit d'alerte aux salariés ou plus précisément aux représentants des salariés. Dès lors une question centrale peut se poser : peut-on véritablement étendre le droit d'alerte aux salariés en droit OHADA ? La question se pose dans la mesure où ceux-ci sont au contact des difficultés de l'entreprise et plus à même d'attirer l'attention des dirigeants sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. À titre d'hypothèse, l'extension est indispensable.

Introduction : Il est établi, voire avéré, que la prévention, qu'elle soit primaire ou secondaire, de détection ou de traitement, est un moyen d'évitement de la défaillance de l'entreprise. Dans l'espace OHADA, la distinction prévention-détection et prévention-traitement constitue de plus en plus la summa divisio. Schématiquement, toute entreprise commerciale envisage d'abord la prévention-détection qui permet de mettre en lumière les difficultés[1] de l'entreprise avant de recourir à la prévention-traitement pour éradiquer les difficultés de l'entreprise. Pour dire vrai, toute prévention commence par une information fiable à la disposition de l'entreprise, qu'elle soit individuelle ou sociétaire. Cette information participe donc de la détection des difficultés de l'entreprise. Partant de ce postulat, le législateur OHADA a posé comme exigence à toute entreprise commerciale la tenue d'une comptabilité pour une meilleure connaissance de l'information comptable et financière. Seulement, l'information relative à tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation n'a été réservée par le législateur OHADA qu'aux sociétés commerciales. Cette information n'est disponible qu'au moyen de l'alerte. L'alerte est définie dans le langage courant comme l'avertissement d'être sur ses gardes[2]. Cette acception est partagée par le langage juridique et notamment par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales qui reconnait au droit d'alerte une fonction d'attirer l'attention des dirigeants sociaux sur la situation préoccupante de l'entreprise. Dans ce sillage, le législateur a confié le droit d'alerte aux organes de contrôle et de surveillance de la société commerciale, à l'instar du commissaire aux comptes et des associés. Ces deux types d'alerte ne peuvent suffire à informer le dirigeant de manière efficace sur sa situation financière. En conséquence, le domaine du droit d'alerte est très réduit et ne permet pas au dirigeant d'avoir une pluralité de moyens de détection. C'est pourquoi, à l'instar du droit français qui comporte six (6) agents de détection, une augmentation du nombre des agents de détection en droit OHADA peut contribuer à renforcer le système prévention-détection de droit de l'OHADA. Aussi, a-t-on pu se demander si les délégués du personnel, à défaut des comités d'entreprise ou autres titulaires du droit d'alerte, ne pourraient pas bénéficier du droit de déclencher la procédure d'alerte dans les entreprises ? À la vérité, au regard de l'AUDSCGIE, les salariés et l'institution représentative du personnel sont « plutôt spectateurs qu'acteurs »[3] dans les

[1] D. TAKAFO KENFACK, « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en OHADA », *Revue des procédures collectives*, n° 2, 2016, pp. 21-23. 30.
[2] Dictionnaire Le Robert de poche, p. 56
[3] R. BLINDAUER, « Les salariés dans les procédures collectives, plutôt spectateurs qu'acteurs », in *Les salariés et les défaillances de*

circonstances où leurs interventions pourraient se révéler précieuses. Il serait donc souhaitable d'élargir aux représentants des salariés le cercle d'observateurs chargés de contrôle et de déclencher des alertes si des menaces ou des difficultés se profilent à l'horizon. En effet, il est à craindre qu'à défaut de multiplication d'organes de prévention, il soit trop tard pour procéder à autre chose qu'aux liquidations. Les représentants du personnel, qui sont en contact permanent avec l'entreprise, peuvent mieux prendre en temps utile la mesure des difficultés naissantes et obliger le chef d'entreprise à réagir, ou en cas d'inertie, le cas échéant assumer les conséquences des difficultés qui auraient pu être évitées[4]. Mais, une question centrale se pose : peut-on véritablement étendre le droit d'alerte aux salariés en droit OHADA ?

À l'observation de la législation et de la pratique, l'extension est indispensable. C'est la raison pour laquelle la question ainsi posée vaut sa pertinence sous un double plan théorique et pratique. Au plan théorique, elle contribue à améliorer le système prévention-détection des difficultés de l'entreprise. Au plan pratique, elle facilite le traitement des difficultés. Dès lors, s'il est vrai que l'extension soit justifiée (I), elle est tout aussi matérialisable (II).

I. Les raisons de l'extension

La réforme de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a apporté des innovations, notamment en termes de révision des délais pour répondre aux initiateurs de l'alerte[5]. Seulement, certaines insuffisances subsistent, à l'instar de l'inexistence des actions en responsabilité contre les dirigeants qui refusent de répondre aux questions[6] et l'absence de pouvoir de convocation de l'assemblée générale des associés[7]. Au-delà de ces carences, la restriction des titulaires de l'alerte interne (A) et l'absence de l'alerte externe (B) justifient donc l'extension du droit d'alerte aux salariés.

A. La restriction des titulaires de l'alerte interne

Le législateur OHADA a consacré juste deux titulaires de l'alerte interne : le commissaire aux comptes et les associés. S'agissant du commissaire aux comptes, il a un rôle important dans le cadre de la détection et de la prévention des difficultés de l'entreprise. La mission du commissaire aux comptes est définie et encadrée par la loi. Il est important de rappeler que le commissaire aux comptes, selon la jurisprudence de la Cour de cassation[8], est responsable personnellement des actes professionnels qu'il accomplit dans le cadre de sa mission auprès de l'entreprise. Les missions du commissaire aux comptes consistent principalement en la certification des comptes annuels, la vérification des documents, le contrôle des comptes, et la procédure d'alerte[9]. Dans le cadre de ses fonctions, le commissaire aux comptes a donc accès à l'ensemble des documents comptables de l'entreprise. Il a une vision d'ensemble sur la santé économique de celle-ci. Ces informations vont alors lui permettre de déclencher la procédure d'alerte lorsque cela est nécessaire. Le commissaire aux comptes connait les usages de l'entreprise. Il peut de cette manière percevoir ce qui constitue un fait inhabituel et une potentielle difficulté. Le déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes n'est pas une possibilité mais une obligation. Il a le devoir de déclencher ce processus dès qu'il « révèle, à l'occasion de l'exercice de sa

l'entreprise, op. cit., p. 49. Cité par V. YANPELDA, « Les salariés dans les procédures collectives OHADA Acteurs ou Spectateurs ? » in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* n° 1, 2011p. 35. et s.

[4] J. KOM, *Droit OHADA des entreprises en difficulté, Prévention-traitement-sanctions,* L'harmattan, 2021, p. 66.

[5] AUDSCGIE révisé : art. 151, 154, 157 al. 2, 158 al. 2. V. D. TAKAFO KENFACK, « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales », *Rev. dr. unif.,* 2018, 1-18.

[6] *Ibid*, p. 11.

[7] D. TAKAFO KENFACK, « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en OHADA », *op. cit*., p.5.

[8] Cour de cassation, chambre commerciale, 23 mars 2010, n° 09-10.791.

[9] P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz Action, Livre 33 « Les contrats dans leur diversité », Titre 331 « Le contrat d'entreprise », Chapitre 3313 « Contrats de conseil et de services aux entreprises », p.18-19.

mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[10] ». Il doit par la suite informer les organes dirigeants de l'entreprise ou de la société. Cette procédure d'alerte se déroule en plusieurs étapes, chaque étape pouvant mettre fin à la procédure si une réponse satisfaisante est apportée. Cette répartition en différentes étapes permet que la problématique reste interne à l'entreprise aussi longtemps que possible. Afin de pouvoir évaluer l'efficacité de cette procédure, il est primordial de comprendre en quoi consistent ces étapes et comment elles permettent de parvenir à une solution pour résoudre les difficultés, mais aussi d'étudier la question de l'opportunité du déclenchement de cette alerte. Par ailleurs, il faudra ensuite s'intéresser à la question des seuils de désignation du commissaire aux comptes.

La procédure d'alerte par le commissaire aux comptes se déroule en trois ou quatre phases selon la forme juridique de la société commerciale. La première phase commune à toutes les formes de société commerciale est celle du déclenchement à travers une demande d'explications[11]. Elle consiste à porter à la connaissance des dirigeants des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La deuxième phase est également commune à toutes les formes de sociétés. Elle consiste pour le dirigeant social interpellé sur le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[12] de répondre à la demande d'explications[13]. La troisième phase est spécifique aux sociétés par actions. Elle envisage que le commissaire aux comptes puisse inviter les dirigeants sociaux à faire délibérer le conseil d'administration, l'administrateur ou le président sur les faits relevés en cas de défaut de réponse ou de réponse insatisfaisante. Si la délibération est satisfaisante et permet d'apporter des réponses ou des solutions claires, la procédure d'alerte sera ici stoppée[14]. La dernière phase est commune à toutes les formes de société. Elle est enclenchée en cas de délibération insatisfaisante ou lorsque la continuité de l'exploitation demeure compromise. Elle confère aux commissaires aux comptes le pouvoir de convocation

[10]Article 150 AUDSCGIE

[11] On peut lire à l'article 150 de l'AUDSCGIE que « le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, demande par lettre au porteur contre ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ». L'article 153 de l'AUDSCGIE, va dans le même sens en énonçant que « le commissaire aux comptes, dans une société anonyme et dans une société par actions simplifiées, peut engager la procédure d'alerte en demandant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ».

[12] Sur les contours de cette notion, lire D. TAKAFO KENFACK, « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en OHADA », *op. cit.*, p. 22 ; E. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA,* Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006, p.

[13] À la lecture de l'article 151 de l'AUDSCGIE, « le gérant répond par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec avis de réception dans les quinze (15) jours qui suivent la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées ». L'article 154 à son tour prévoit que « le président du conseil d'administration, le président-directeur général, l'administrateur général ou le président, selon le cas, répond par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze (15) jours qui suivent la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées ».

[14] C'est ce qui ressort de l'article 155 de l'AUDSCGIE qui dispose que « à défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le président-directeur général à faire délibérer le conseil d'administration, l'administrateur général ou le président à se prononcer sur les faits relevés. L'invitation prévue à l'alinéa précédent est formée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze (15) jours qui suivent la réception de la réponse du président du conseil d'administration, du président-directeur général, de l'administrateur général ou du président, selon le cas, ou la constatation de l'absence de réponse dans les délais prévus à l'article précédent. Dans les quinze (15) jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration ou le président-directeur général, selon le cas, convoque le conseil d'administration, en vue de le faire délibérer sur les faits relevés, dans le mois qui suit la réception de cette lettre. Le commissaire aux comptes est convoqué à la séance du conseil. Lorsque l'administration et la direction générale de la société sont assurées par un administrateur général ou un président, celui-ci, dans les mêmes délais, convoque le commissaire aux comptes à la séance au cours de laquelle il se prononce sur les faits relevés. Un extrait du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration ou de la décision de l'administrateur général ou du président, selon le cas, est adressé au commissaire aux comptes et à la juridiction compétente dans le mois qui suit la délibération ou la décision. »

de l'assemblée générale dans une situation d'urgence[15]. Cette prérogative reconnue exclusivement aux commissaires aux comptes porte-t-elle atteinte au principe de non-ingérence dans la gestion de la société commerciale ?[16] Ou alors renforce-t-elle l'efficacité de l'alerte du commissaire aux comptes ?

Sur cette dernière question, M. TAKAFO KENFACK[17] estime que la confidentialité de la procédure d'alerte est compromise à ce stade. La situation ayant été portée à la connaissance des associés par le rapport spécial du commissaire aux comptes qui doit informer la juridiction compétente en lui communiquant les résultats. Mais, malgré cette réserve, il apparait évident que l'efficacité est avérée puisqu'elle multiplie les possibilités de recours du commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes est un organe indispensable pour contrôler la gestion des sociétés commerciales et dénoncer les faits délictueux ou susceptibles de compromettre l'avenir de la société[18]. L'alerte du commissaire aux comptes est renforcée par la possibilité reconnue aux commissaires aux comptes qui pourraient, en cas d'urgence, saisir le juge des référés pour l'informer de la situation préoccupante de l'entreprise. Le président du tribunal pourrait, suivant le cas, convoquer les dirigeants à un entretien pour s'enquérir des mesures envisageables pour redresser la situation[19]. Toujours pour renforcer l'efficacité de l'alerte, le législateur a rendu obligatoire l'alerte du commissaire aux comptes. Ce caractère obligatoire de l'alerte du commissaire aux comptes l'expose à la mise en œuvre de sa responsabilité. Pour être tenu responsable, il faudrait que le commissaire aux comptes ait déclenché l'alerte en agissant de mauvaise foi et dans son intérêt personnel[20]. Cette responsabilité ne peut pas être retenue lorsqu'il a simplement commis une erreur dans l'appréciation des faits relevés[21]. Bien plus, en cas d'inertie du commissaire aux comptes ou de déclenchement tardif, en présence de difficultés constatées, des sanctions civiles pourraient être prononcées en réparation du dommage subi par l'entreprise, du fait de son comportement fautif, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. De plus, le dirigeant doit être informé par le commissaire aux comptes du déclenchement de cette procédure. Cette procédure dépend donc de l'expertise du commissaire aux comptes. La responsabilité pénale des commissaires aux comptes peut aussi être mise en jeu en cas de commission d'infractions pénales à l'occasion de l'exercice de sa mission. Les infractions les plus fréquentes sont la

[15] L'article 152 de l'AUDSCGIE dispose que « En cas d'inobservation des dispositions prévues à l'article précédent ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial dont une copie est communiquée à la juridiction compétente. Il peut demander au gérant, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce rapport spécial soit communiqué aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. En cas d'urgence, le commissaire aux comptes peut convoquer lui-même une assemblée générale pour présenter les conclusions de son rapport. Dans le cas où le commissaire aux comptes lui en fait la demande, le gérant procède à la communication du rapport spécial aux associés dans les huit (8) jours qui suivent la réception de la demande. Si à l'issue de l'assemblée, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches la juridiction compétente et lui communique les résultats ». L'article 156 dispose également que « En cas d'inobservation des dispositions prévues aux articles précédents ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale des actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis sa convocation du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du président, selon le cas, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque le commissaire aux comptes procède à cette convocation, il fixe l'ordre du jour et peut, pour des motifs impérieux, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts. Il expose les motifs de la convocation dans un rapport lu à l'assemblée. Si à l'issue de l'assemblée, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches la juridiction compétente et lui en communique les résultats. Dans un délai de six (6) mois à compter du déclenchement de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes peut en reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsque, en dépit des éléments ayant motivé son appréciation, la continuité de l'exploitation demeure compromise et que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates ».

[16] Il faut relever que le commissaire aux comptes est un tiers à la gestion sociale et son immixtion peut le rendre responsable en qualité de dirigeant de fait.

[17] D. TAKAFO KENFACK, « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en OHADA », *op. cit.*, p. 23.

[18] J. KOM, *Droit OHADA des entreprises en difficulté, op. cit.,* p. 57.

[19] *Ibid.*

[20] Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 novembre 1995, n° 93-16-724.

[21] P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté,* 8ème éd., Dalloz, 2020, p. 33.

complicité dans les abus de biens sociaux et de faux en écritures de commerce ou dans les documents comptables. Sa responsabilité professionnelle quant à elle peut être retenue en cas d'indiscrétion entraînant des conséquences fâcheuses pour l'entreprise. En effet, le commissaire aux comptes est tenu au secret professionnel et à la confidentialité. Il doit s'abstenir de toutes divulgations relatives à la situation économique, sociale ou financière des entreprises objet de leur contrôle et de fournir des informations à tort aux concurrents ou aux tiers qui peuvent avoir des doutes sur la capacité de la société commerciale à assumer ses obligations futures[22].

Les différentes responsabilités encourues par le commissaire aux comptes assurent une certaine efficacité à l'alerte déclenchée par lui. Seulement, toutes les sociétés commerciales ne sont pas tenues de nommer un commissaire aux comptes. La loi a imposé des obligations de nommer le commissaire aux comptes soit en raison de la forme juridique de la société soit en raison du franchissement de certains seuils. En raison de la forme juridique, les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant. Les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants[23].

En raison du franchissement de certains seuils, les sociétés à responsabilité limitée dont le capital social est supérieur à dix (10) millions de francs CFA ou qui remplissent l'une des deux conditions suivantes : chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA ; effectif permanent supérieur à 50 personnes, sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes[24]. Pour les autres sociétés à responsabilité limitée ne remplissant pas ces critères, la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative. Elle peut toutefois être demandée en justice par un ou plusieurs associés détenant, au moins, le dixième du capital social[25]. Les associés sont ces personnes qui ont investi dans la société en faisant des apports[26]. Ils ont donc intérêt à ce que la société commerciale marche bien au cours de son existence. Seulement, le législateur a rendu facultatif le déclenchement de l'alerte par les associés et surtout, il l'a considérablement limitée.

B. L'absence des titulaires de l'alerte externe

Les associés entretiennent une méfiance originelle à l'égard des tiers qui s'immiscent dans leurs affaires. La suspicion est encore renforcée quand le tiers peut se substituer à eux pour prendre des décisions stratégiques[27]. C'est peut-être pourquoi le législateur a exclu les autorités judiciaires des bénéficiaires du droit d'alerte. Cette éviction peut surprendre quand le droit OHADA, comme le droit français, reconnait de larges pouvoirs aux juges[28], lorsque la société est en proie aux crises[29]. Le législateur communautaire africain n'est pas resté en marge de l'évolution contemporaine du droit des entreprises en difficulté, caractérisée notamment par la recherche de la sauvegarde des entreprises et des emplois qui s'y attachent. À travers l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il a mis en place un système de prévention détection des difficultés au sein des entreprises en recourant aux mécanismes d'alerte. Certes, des critiques se sont élevées ici et là à l'encontre de ces mécanismes issus du droit de l'OHADA, lesquels mécanismes constituent une innovation pour la plupart des États parties au traité OHADA. Ces

[22] J. KOM, *Droit OHADA des entreprises en difficulté, op. cit.,* p. 59.
[23] V. Article 702 AUDSCGIE.
[24] V. Article 376 AUDSCGIE.
[25] V. Article 376 AUDSCGIE
[26] En nature, en numéraire et en industrie.
[27] W. BEKONO NKOA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA,* thèse, Université de Ngaoundéré, 2006, p. 66.
[28] J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés » : *RJ com.* 1985, p. 81.
[29] A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés,* Dalloz, 6ème éd., 2014, p. 97.

critiques ont porté tantôt sur le caractère limitatif des bénéficiaires de l'alerte[30], tantôt sur le caractère limitatif et facultatif de l'alerte des associés[31], tantôt enfin sur le caractère vague et imprécis des critères de déclenchement de l'alerte[32]. D'aucuns sont même allés jusqu'à se poser la question de savoir s'il ne fallait pas supprimer les procédures d'alerte en vigueur dans l'espace OHADA[33].

Quelle que soit la pertinence de toutes ces critiques, le mérite qui revient au législateur communautaire africain s'est limité aux personnes internes à l'entreprise[34], et il n'a pas cru devoir étendre cette faculté tout au moins au juge qui, en raison de son autorité personnelle et agissant en dehors de tout imperium judiciaire, aurait bien pu aider valablement les chefs d'entreprises à prendre conscience de leurs difficultés. La situation est d'autant plus regrettable que, dans le contexte africain, la majorité des entreprises sont constituées d'entreprises de taille moyenne, dans lesquelles, en raison de leurs facteurs conjugués liés à la méconnaissance du droit des entreprises en difficulté et aux pesanteurs socioculturelles, il n'est pas certain que les dirigeants aient le recul nécessaire pour réagir au moment opportun. L'intervention judiciaire aurait donc compensé ce déficit. Le fait que le juge africain ne dispose pas du pouvoir de déclencher l'alerte ne signifie pas pour autant que ce dernier soit totalement absent des procédures d'alerte entendues au sens large du terme. Le juge y est en effet présent dans le cadre du droit d'alerte des associés. Il faut à cet égard rappeler qu'aussi bien dans les sociétés anonymes que dans les autres sociétés, tout actionnaire ou tout associé peut, deux fois par exercice, adresser des questions écrites au dirigeant de la société concernée[35] sur « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »[36] et ce, indépendamment du pourcentage du capital détenu comme c'est le cas en France[37]. La réponse qui doit être faite dans un délai de quinze (15) jours est alors adressée avec une copie de la question à l'associé ou l'actionnaire ainsi qu'au commissaire aux comptes s'il en existe un. Mais, à côté de ces questions écrites, la procédure d'expertise de gestion permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social de demander, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, « au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion »[38]. S'il est fait droit à cette demande, le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert dont les honoraires sont supportés par la société et dont les rapports sont adressés au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration[39].

Il apparait ainsi que l'intervention du juge en droit africain dans le cadre du droit d'alerte des associés est une intervention indirecte donnant lieu à une procédure contentieuse relative à l'expertise de gestion et, par voie de conséquence, longue[40], alors même que, pour être efficaces, les procédures d'alerte doivent s'inscrire dans un

[30] F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté,* éd. Bruylant, collection Droit uniforme, Juriscope, 2002, p. 19.
[31] E. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA, op. cit.*
[32] P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du passif OHADA », *Revue Penant n° 838,* 2002.
[33] D. TAKAFO KENFACK, « Faut-il supprimer l'alerte dans l'espace OHADA ? », *Juridis périodique,* n° 81, Jan-fév-mars 2010, p. 105.
[34] C'est-à-dire le commissaire aux comptes et les associés.
[35] Il peut s'agir du Gérant, du Président du Conseil d'administration de la société anonyme, du Président Directeur général, du Directeur général, de l'Administrateur Général ou du Président, selon les cas.
[36] Articles 157 et 158 AUDSCGIE.
[37] En France, il est exigé que l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires désireux d'adresser des questions écrites aux dirigeants représente au moins le dixième du capital social, cf. article 226-1 de la loi du 24 juillet 1966.
[38] Article 159 AUDSCGIE. Pour l'application de ces dispositions textuelles, v. CA d'Abidjan, arrêt n° 376 du 2 mars, sté METALOCK PROCESS Sarl C/ TOURREGUITART, Ohadata J04-489 ; Rép. Quinquennal OHADA, 2000-2005, p. 652.
[39] *Ibid*., article 160.
[40] En ce sens, Y. GUYON, *Droit des affaires,* tome 2, Entreprises e difficulté, Redressement judiciaire, faillite, 9ème éd. Economica, n° 1060, p. 66.

contexte de célérité[41]. A contrario, une intervention directe du juge[42], agissant non pas comme organe juridictionnel, mais comme « notable » susceptible d'apporter son concours à l'entreprise à un moment où les décisions rapides s'imposent, s'avère être la voie la plus indiquée. Il en est ainsi en droit français.

À titre de droit comparé, le droit français a consacré le dispositif d'alerte externe à travers l'intervention du Président du tribunal de commerce. Il est prévu par le Code de commerce, à l'article L611-2. Ce dispositif peut être enclenché de deux manières. Le Président peut convoquer le chef d'entreprise « lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connait des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[43] ». Il peut également intervenir « lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables[44] » et leur enjoindre de procéder aux rectifications nécessaires sous astreinte. Par cet article, « en réalité, la loi a simplement consacré une pratique relativement répandue dans les tribunaux de commerce[45]. Avant même la loi de sauvegarde de 2005[46], de nombreux présidents des tribunaux avaient déjà pour habitude de convoquer les dirigeants qui ne respectent pas leurs obligations de dépôt des comptes ou dont l'entreprise exhibait des indices de mauvaise santé financière. Lorsque le Président du tribunal intervient dans la première hypothèse, la source d'information qui amène son intervention est large. On constate aussi que toutes personnes morales de droit privé sont concernées. Ce champ d'intervention important permet au Président du tribunal d'exercer un véritable contrôle efficace sur les débiteurs concernés. Ici la convocation par le Président est possible seulement s'il résulte des documents concernés que l'entreprise éprouve des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'initiative du dispositif dépend ici du président du tribunal de commerce. Il lui revient donc de mettre en place un procédé lui permettant de trouver les indices de difficultés au cœur de ces documents. On peut ici compter sur l'expérience du Président du tribunal. On parle donc de difficultés et par de simples faits qui pourraient éventuellement conduire à de véritables difficultés. Envisager des solutions est donc l'objectif de l'entretien auquel le Président du tribunal convoque le dirigeant. Pour que cet entretien puisse avoir lieu dans des conditions optimales, deux facteurs doivent être réunis : le Président doit convoquer le dirigeant en respectant les caractéristiques de la convocation et l'entretien doit se dérouler dans la plus grande confidentialité. Sur la question de la convocation, il est important que la personne convoquée soit le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique. Si la convocation n'est pas adressée à la bonne personne, ou ne lui est pas adressée en respectant les modalités et le formalisme de la convocation[47], il ne pourra être reproché au dirigeant de ne pas s'être présenté à l'entretien. Un autre élément important est la confidentialité : « Pour ne pas avoir d'effets contreproductifs, l'intervention du Président du tribunal doit être entourée de discrétion. La confidentialité est nécessaire au succès de cette mesure préventive[48] ». Sans cette confidentialité, le dirigeant peut être récalcitrant à se rendre à l'entretien de peur d'inquiéter les membres de l'entreprise et ses partenaires. Dans cette optique, le

[41] A ce propos, il a précisément été jugé que l'expertise de gestion n'est pas en soi une procédure d'urgence et le juge des référés ne pouvait intervenir en cette matière qu'en cas d'urgence (lorsque, par exemple, le retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'un ou de plusieurs associés, v. Tribunal Régional de Dakar, ordonnance de référé n° 901 du 9 août 1999, Ohadata J.02-198, répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p. 653.

[42] E. L. R. BALEMAKEN, *Le juge et le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit OHADA et en droit français étude de droit comparé,* thèse, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 63.

[43] Article L611-2 premièrement du Code du commerce.

[44] Article L611-2 deuxièmement du Code du commerce.

[45] P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.,* p. 49.

[46] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

[47] Articles R611-10 et suivants du Code de commerce.

[48] P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.,* p. 49.

dirigeant peut venir seul à l'entretien ou accompagné d'un conseil. Le procès-verbal issu de cet entretien ne contiendra aucun détail quant à l'objet et au contenu de l'audience. Ainsi, les conséquences de cet entretien sur la réputation du dirigeant et de son entreprise sont moindres et permettent au dirigeant d'être plus proactif dans la recherche de solutions. Lors de cet entretien, le Président informe le débiteur des démarches possibles. Ici, il ne va rien imposer, mais le dirigeant doit tout de même sortir de cet entretien avec l'objectif de mettre en place des mesures prédéterminées. Cela oblige le dirigeant à traiter la difficulté à laquelle il doit faire face plutôt que d'attendre un retour à meilleure fortune. Cette mesure connait un certain succès[49], puisque le fait qu'elle soit confidentielle la rend plus prisée des chefs d'entreprise. Elle permet au dirigeant de se confronter à ses difficultés mais aussi de se renseigner sur les multiples mesures et procédures possibles pour sortir des difficultés rapidement et simplement. Les mesures prises dans la seconde hypothèse suivent le même raisonnement. Ici, lorsqu'une entreprise ne procède pas au dépôt des comptes selon l'obligation qui lui incombe dans le temps imparti, cela est souvent signe de difficultés financières que le dirigeant ne veut pas révéler. Lorsque le dirigeant persiste dans son refus de déposer les comptes, l'astreinte permet généralement de le contraindre à s'exécuter.

Les informations résultant de ces deux hypothèses, qu'il s'agisse de l'entretien ou du dépôt des comptes, peuvent être transmises par le Président du tribunal au ministère public à travers une note informelle. Le ministère public pourra choisir d'engager des procédures judiciaires à l'encontre du débiteur et l'assigner en procédure collective. Cependant, au stade de la détection des difficultés, cette intervention du ministère public devrait rester assez rare. Si cette intervention du président est autant favorisée, c'est parce qu'elle permet généralement de trouver des solutions adaptées et confidentielles.

Les dispositifs de détection des difficultés permettent globalement d'anticiper la défaillance des entreprises et de trouver des solutions adaptées. Cependant, pour qu'elles puissent être efficaces, il faut que les dirigeants soient susceptibles de mieux connaitre ces dispositifs. Un autre objectif viserait à ce que les dirigeants puissent avoir recours à ces dispositifs sans craindre leur coût ou l'intervention des tribunaux. Même si ce dispositif d'alerte n'a pas été consacré par le droit OHADA, le législateur OHADA gagnerait, dans les réformes futures, à défaut de consacrer l'alerte externe par l'autorité judiciaire, à au moins matérialiser l'alerte interne des salariés.

II. La matérialisation de l'extension

Le droit d'alerte est un outil efficace de prévention des difficultés. Pour un souci de renforcement de la prévention-détection dans l'espace OHADA, il est impérieux d'impliquer les salariés dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Le législateur OHADA gagnerait donc à consacrer explicitement un droit d'alerte interne aux salariés (A) et à articuler la procédure à cet effet (B).

A. La consécration explicite du droit d'alerte aux salariés

La meilleure façon pour les salariés de protéger leurs intérêts est de s'impliquer dans la sauvegarde de l'entreprise en difficulté[50]. Étendre le droit d'alerte aux salariés permettrait donc une plus grande implication des salariés dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Bien plus, reconnaitre le droit d'alerte aux salariés permet de

[49] I. ROHART-MESSAGER, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gazette du Palais,* n° 9, 2010, p. 5.

[50] S. C. MANONG SONGMOS, *la protection des salariés et la sauvegarde de l'entreprise en difficulté en droit OHADA,* thèse, Université de Yaoundé II, 2023, 312 p. ; V. YANPELDA, « Les salariés dans les procédures collectives OHADA : acteurs ou spectateurs ? », *op. cit.,* pp. 15-36.

concilier les intérêts des salariés, de la société commerciale et de sa santé financière[51]. Créanciers de salaire et d'emploi, les salariés sont intéressés à la survie de l'entreprise qui les emploie et leur procure l'essentiel des moyens de survie. Pour cette raison, plus qu'une simple force de travail, ils devraient pouvoir jouer un rôle actif dans la détection des difficultés pour que la structure revienne à meilleure fortune. Le droit d'alerte doit leur permettre d'agir rapidement afin d'éviter une disparition de l'entreprise qui entrainerait des licenciements massifs. Au même titre que les associés et le commissaire aux comptes, leur droit d'alerte mérite d'être précisé comme c'est le cas en France. La doctrine[52] s'est insurgée du caractère limitatif des bénéficiaires de l'alerte et surtout de l'insuffisance du contrôle opéré par ces acteurs[53]. Ainsi, toutes ces critiques justifient donc une plus grande implication des salariés dans le traitement des difficultés de la société commerciale. Dans sa vision de développement économique par l'intégration juridique, le législateur OHADA entend anticiper les difficultés de l'entreprise. Ne dit-on pas souvent que prévenir vaut mieux que guérir, la prévention est donc au cœur de la préservation des activités économiques.

Les salariés ne sont pas étrangers à la survie de l'entreprise en difficulté. À l'évidence, leur emploi est nettement menacé. Par conséquent, ils ne doivent pas demeurer extérieurs à la défaillance de l'unité économique qui les emploie[54]. Plus que de simples sujets passifs à qui les mesures de sauvetage s'imposent, ils doivent pouvoir jouer un rôle actif et être aussi souvent à l'origine des mesures de prévention. En effet, comme tous les créanciers, les salariés ont intérêt à ce que l'entreprise en difficulté revienne à de meilleurs rendements, ce qui est une garantie pour le paiement des salaires échus ou à échoir. En plus, l'emploi étant très souvent leur principale source de revenus, sa perte sera pour eux une difficulté supplémentaire. Par ailleurs, les salariés participant quotidiennement à la vie de l'entreprise sont souvent les premiers à constater les difficultés de celle-ci. En effet, ils sont constants à des postes qui facilitent l'observation desdites difficultés : c'est le cas des employés au service de la comptabilité et de la caisse. De même, les difficultés financières se manifesteront très rapidement par des difficultés de paiement (arriérés, paiement avec retard…) ou des mises en chômage technique, voire des licenciements négociés. Les salariés peuvent donc être en possession d'un certain nombre d'informations qui pourront s'avérer très utiles à la prévention. Ces informations qui pourraient être systématiquement centralisées au niveau des représentants du personnel. Ces derniers, disposant des pouvoirs de détection mis à leur actif, devront alors attirer l'attention des dirigeants.

D'emblée, il convient de relever que la mise en œuvre de ces moyens de détection sera confiée aux délégués du personnel. Ils sont, en effet, les mieux à l'écoute des salariés en ce sens que non seulement ils sont élus par eux, mais aussi ils jouent le rôle d'intermédiaire entre les salariés et l'employeur. C'est donc finalement de la consécration d'un pouvoir de contrôle au profit du personnel qu'il s'agira. Cela se justifie aisément dans la mesure où les salariés font partie intégrante de l'entreprise et sont capables de jouer un rôle effectif de prévention[55]. À l'évidence, la prévention sera renforcée sur le plan interne. Ensuite, il pourra être accordé au délégué du personnel la possibilité de demander au président de la juridiction compétente la désignation d'un expert de gestion. L'expertise ainsi obtenue lui permettra d'être éclairé au même titre que les associés sur certaines opérations de gestion. Les éclaircissements obtenus devront permettre aux représentants du personnel de mieux fonder leur contestation ou leur droit d'alerte.

---

[51] M. A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés,* L'Harmattan, 2009, p. 262. S. C. MANONG SONGMOS, *la protection des salariés et la sauvegarde de l'entreprise en difficulté en droit OHADA, op. cit.*, pp. 1-312.

[52] F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté : Bruylant, Bruxelles,* 2002, p. 5 ; A SEID ALGADI, « L'alerte en droit OHADA des entreprises » : *Dr. et patrimoine,* févr. 2012, p. 38.

[53] D. TAKAFO KENFACK, « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en OHADA », *op. cit.,* p. 1.

[54] P. NGUIHE KANTE, « techniques de sauvetage des entreprises en difficulté », *op. cit.,* p. 185.

[55] A. KENMOGNE SIMO, *La protection des établissements bancaires contre la défaillance en zone CEMAC*, thèse, Université de Yaoundé 2, 2004, p. 163.

B. La procédure d'alerte par les salariés

La procédure d'alerte par les salariés peut revêtir deux visages. Elle peut être dirigée vers les autorités judiciaires dans le cadre de l'ouverture des procédures collectives curatives[56]. Elle peut aussi être dirigée vers les dirigeants sociaux. Ce second visage n'a pas été consacré par le législateur OHADA.

De lege lata, les salariés par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives peuvent intervenir dans le cadre des procédures collectives OHADA. La loi reconnait en effet aux représentants du personnel le droit d'informer la juridiction compétente de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société commerciale[57]. Les élus du personnel sont donc désormais à même de déclencher une sorte de droit « d'alerte externe »[58]. Cette faculté d'informer l'autorité judiciaire donne aux salariés le moyen d'exprimer leur inquiétude sur des faits qu'ils considèrent comme particulièrement préoccupants pour l'avenir de la société. La portée de cette mesure est néanmoins à relativiser. En effet, le droit d'alerte « externe » mis en place par l'AUPC s'exerce dès lors qu'existe au sein de l'entreprise un représentant du personnel. Par conséquent, ce droit d'information est exclu dans les entreprises de moins de 20 salariés[59]. Quoi qu'il en soit, lorsque la procédure est ouverte par le juge, la vérification opérée par ce dernier sera une des rares circonstances où le représentant des salariés pourra, par ses initiatives, jouer un rôle actif dans la procédure collective[60].

Le droit d'alerte peut bénéficier aux salariés s'ils acquièrent le statut d'associés ou d'actionnaires[61]. L'actionnariat salarié est une des formules de participation financière utilisées pour stimuler les efforts des salariés[62]. Il permet à une entreprise d'associer ses salariés à son capital. Il est mobilisable dans les sociétés par actions, qu'elles soient cotées ou non, et tous les salariés peuvent en bénéficier. L'actionnariat permet aux salariés de souscrire à des actions dans l'entreprise à un prix préférentiel. Il est principalement mis en œuvre via les opérations suivantes : l'augmentation du capital réservée aux salariés, la cession de titres réservés aux salariés, l'attribution gratuite d'actions et l'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions (stock-options).

Les salariés actionnaires peuvent détenir leurs actions directement ou indirectement. Directement au sein d'un compte individuel d'épargne salariale[63]. Indirectement en détenant des parts d'un fonds commun de placement d'entreprise[64]. Être un associé salarié suppose donc la réunion de deux qualités. D'abord, celle d'associé qui, dans le contexte d'une société, possède des obligations qui diffèrent nettement de celles de salarié. Il a notamment le devoir de s'impliquer de manière proactive dans les décisions et les opérations de l'entreprise. Cette participation peut être illustrée par des votes lors des assemblées générales ou par les apports financiers pour le développement de la société. De plus, en devenant associé, il est souvent requis d'investir financièrement, ce qui signifie mettre en jeu une partie de son propre patrimoine. En revanche, un salarié est recruté principalement pour ses compétences professionnelles et son savoir-faire. Il n'a pas à investir de fonds propres dans l'entreprise. En échange de ses services

---

[56] Notamment le redressement judiciaire et la liquidation des biens.
[57] Article 29 alinéa 1 de l'AUPC.
[58] A. Cœuret, « La représentation du personnel dans l'entreprise en difficulté » *Dr. soc.* 1986, p. 655.
[59] Sauf à admettre, comme en matière de licenciement économique, la désignation des représentants ad hoc des travailleurs. Cf. article 3 de l'arrêté du 26 mai 1993 fixant les modalités du licenciement pour motif économique.
[60] V. YANPELDA, « Les salariés dans les procédures collectives OHADA : acteurs ou spectateurs ? », *op. cit.,* p. 38.
[61] P. NGUIHE KANTÉ, *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit OHADA,* L'Harmattan, 2019, p. 216.
[62] Ph. DESBRIÈRES, « Les actionnaires salariés », in : *Le gouvernement des entreprises,* Gérard Charreaux (éd.), Economica, 1997, p. 397-417.
[63] Le salarié perçoit alors des dividendes versés par l'entreprise et peut voter en assemblée générale.
[64] Les dividendes sont soit distribués, soit capitalisés dans les actifs du fonds commun de placement d'entreprise (FCPE). Dans ce cas, c'est souvent le conseil de surveillance du FCPE qui exerce les droits de vote aux actions de l'entreprise en assemblée générale, sauf disposition contraire du règlement du fonds.

et compétences, il perçoit un salaire, généralement sur une base mensuelle. La manière dont ces deux rôles (associé et salarié) sont définis sur le plan juridique est également distincte. L'associé détient ses droits des statuts de la société, qui sont les documents fondamentaux établissant la structure et le fonctionnement de l'entreprise. Le salarié, quant à lui, est défini par son contrat de travail, qui détaille ses droits, obligations, fonctions, rémunération et autres conditions d'emploi. L'intérêt de l'actionnariat des salariés est alors de conférer à ces derniers des droits, notamment le droit à la participation aux assemblées générales, le droit d'information, le droit de vote, le droit d'agir en justice et surtout le droit d'alerte. Seulement, le droit d'alerte reconnu à l'actionnaire salarié ici recèle les insuffisances attachées à l'alerte reconnue à tout associé.

De lege ferenda, en s'inspirant du droit français, l'alerte peut se dérouler en deux phases, sous la houlette du délégué du personnel[65], qui demandera par écrit au dirigeant des explications sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Si la réponse apaise les inquiétudes, l'alerte prend fin. Dans le cas contraire, le délégué du personnel établira un rapport sur l'état des difficultés qu'il pourra évidemment communiquer au commissaire aux comptes, au conseil d'administration ou à l'assemblée des actionnaires. Rien n'empêche sa présence à cette séance qui est l'occasion idoine de faire la lumière sur la santé préoccupante de l'entreprise. Là s'arrête la procédure d'alerte des salariés en droit français, d'autant plus qu'il est formellement interdit de convoquer l'assemblée des associés. Seulement, la procédure française semble expéditive pour la simple raison qu'elle s'achève brutalement à une étape où elle devrait prendre davantage d'ampleur. L'idée selon laquelle le délégué du personnel ne peut pas convoquer l'assemblée des actionnaires ne doit pas valoir dans les sociétés dépourvues de commissaires aux comptes. Sinon le rapport du délégué du personnel restera lettre morte. Cette argumentation amène à proposer une troisième phase dictée par l'absence de contrôleurs. L'alerte devra reposer sur des exigences de confidentialité. Il en découle une obligation de discrétion pour toute personne ayant eu connaissance du dossier. La procédure d'alerte peut aussi suivre une autre démarche simple et efficace. Ainsi, les informations connues du délégué du personnel peuvent être portées en discussion devant les dirigeants de l'entreprise. Cette discussion pourra alors être inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion entre le délégué du personnel et le chef d'entreprise. Puis, le procès-verbal de réunion pourra en cas de besoin[66] être communiqué au conseil d'administration ou aux associés. La mission d'alerte du délégué du personnel s'arrêterait donc à ce niveau car il n'aura pas le pouvoir de faire délibérer le conseil d'administration ou de convoquer l'assemblée générale des actionnaires. Le résultat obtenu pourra être communiqué au commissaire aux comptes qui, en cas de nécessité, pourra poursuivre la procédure. En tout état de cause, le délégué du personnel, dans le cadre de l'exercice de sa mission d'alerte, devra garder confidentielles toutes les informations dont il a la connaissance.

Conclusion

En définitive, l'étude consacrée à l'extension du droit d'alerte nous a permis de faire au préalable plusieurs constats. Le premier constat est celui de la restriction des titulaires du droit d'alerte et le second est celui de l'absence d'alerte externe. Pour rendre le système de prévention-détection plus efficace, une question centrale s'est posée : peut-on véritablement étendre le droit d'alerte aux salariés en droit de l'OHADA ? Les analyses ont révélé que les dispositifs actuels d'alerte ont beaucoup d'insuffisances, d'où la nécessité d'étendre le droit d'alerte aux salariés. Le législateur peut-il aller plus loin en consacrant le droit d'alerte à l'autorité judiciaire ?

[65] L'accent est mis sur le délégué du personnel parce qu'en droit africain le comité d'entreprise n'existe pas.
[66] A l'occasion de la réunion d'une assemblée générale ou d'un conseil d'administration.

LA NOTION D'AFFECTIO SOCIETATIS EN DROIT OHADA DES SOCIÉTÉS

Wagui SOUMBOUNOU
Docteur en droit privé de l'Université Paris Nanterre

La notion d'affectio societatis se rapporte au contrat de société et plus particulièrement aux conditions nécessaires à la constitution d'une société. L'affectio societatis, encore appelé animus societatis ou jus fraternitatis, désigne l'intention de s'associer. Elle traduit la volonté des associés de collaborer à l'exploitation de l'activité[1]. L'affectio societatis s'apparenterait davantage au consentement du mariage, qui est la volonté de contracter l'union et de mener la vie conjugale. De ce fait, elle correspondrait à la volonté non seulement de participer aux bénéfices et aux pertes, mais également de s'investir dans les prises de décisions concernant la société ou ses membres. Une forte divergence d'intérêts peut ainsi conduire des associés à envisager de se séparer à la manière d'époux qui choisissent de divorcer.

En droit OHADA, la notion d'affectio societatis ne figure pas formellement aux articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), mais la jurisprudence retient l'affectio societatis parmi les critères de formation de la société commerciale[2]. Il n'en demeure pas moins que cette notion est bien connue des juristes de l'espace OHADA[3]. L'affectio societatis joue un rôle de plus en plus important dans notre droit. Les juges y ont recours en cas de doute, de crise ou de situation de conflits d'intérêts. C'est ainsi que la Cour de cassation française a semblé implicitement admettre, dans un arrêt du 20 novembre 2001, que la perte au cours de la vie sociale de l'affectio societatis peut déboucher sur la nullité de la société[4]. Il permet en outre de distinguer la société des associations ou des organisations, et de faire ressortir la qualité d'associé. La question que pose le présent sujet et à laquelle nous nous proposons de répondre est, à tout le moins, classique : comment s'apprécie l'affectio societatis en droit des sociétés ? L'appréciation de l'existence ou non de l'affectio societatis, réalisée par le juge dans le cadre d'un contentieux, relève d'un examen des intentions des associés. Il faut que chacune des parties puisse démontrer une véritable volonté de collaborer. Toutefois, cette exigence semble, au demeurant, assez vague et relative. En effet, il peut arriver que certains associés n'expriment qu'une volonté « théorique » de collaborer tandis qu'elle peut être identifiée plus aisément auprès d'autres organes de la société tels que des dirigeants sociaux ou des cadres.

Le défaut d'affectio societatis, un critère de fictivité d'une société. La doctrine[5] soutient que le défaut d'affectio societatis permet de caractériser la fictivité d'une société. Le défaut d'affectio societatis, loin d'être le seul critère de fictivité d'une société, en est un lorsqu'une personne décide de créer une société dont elle serait la seule propriétaire (maître d'affaires) en s'associant avec d'autres associés (hommes ou

[1] V. Droits et devoirs des associés : l'affectio societatis - Droit des affaires - Cabinet Avocats PICOVSCHI (avocats-picovschi.com)
[2] A.S. COULIBALY et S. GUENBOUR, « L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives », *RIDSP*, 2013, p. 176.
[3] M.-A. MOUTHIEU-NJANDEU, « Notion de société commerciale », spéc., n° 23 à 25, p. 1264 et s. *in Encyclopédie du droit OHADA*, éd., Lamy, 2011, (dir.) P.-G. POUGOUE ; *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, (dir.) P.-G. POUGOUE et S.-S. KUATE TAMEGHE, L'Harmattan, 2010, p. 277.
[4] Cass. 1re civ., 20 nov. 2001, n° 99-13.985.
[5] V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, 10ème éd. Dalloz, 2022, n° 81, p. 59.

femmes de paille) dépourvus de toute affectio societatis[6].

L'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles. L'existence de l'affectio societatis telle que définie précédemment ne fait pas l'objet d'unanimité au sein de la doctrine. Si certains auteurs[7] estiment qu'elle existe bel et bien dans les sociétés unipersonnelles, il en est autrement pour d'autres auteurs[8] qui n'acquiescent pas à une telle possibilité. Dans les sociétés unipersonnelles, l'affectio societatis est vue comme la volonté de constituer une société[9] ou l'acceptation des risques nés de la création de la société[10]. Ainsi, en tant que volonté de création d'une société, l'affectio societatis consisterait pour l'associé unique à faire vivre la société, à avoir le comportement d'un membre d'une personne morale[11]. Il aurait également l'obligation d'éviter toute confusion de patrimoines[12]. En tant que volonté d'acceptation des risques inhérents à l'activité entreprise, l'affectio societatis serait opérationnelle tant dans la société unipersonnelle que dans la société pluripersonnelle. Cette position est défendue par Madame CUJATAR-RIVIÈRE[13]. Sa proposition consiste, d'une part, à analyser l'acceptation de risque social comme une cause subjective pour justifier l'affectio societatis (lors de la création de la société). D'autre part, elle fait de l'obligation de supporter les pertes une cause objective découlant de la loi. (V. not. art. 4 AUSCGIE).

L'affectio societatis et les clauses léonines. La clause léonine est la clause qui entraîne un déséquilibre absolu entre les parties tenues par un même contrat. Par exemple, une clause statutaire qui attribue les bénéfices de la société à certains associés et en exclut totalement d'autres est une clause léonine. Une telle clause se heurte à la notion d'affectio societatis.

L'affectio societatis dans les sociétés de capitaux. Les sociétés de capitaux sont des sociétés dont les droits sociaux (actions) sont soumis au principe de la libre cessibilité. Un actionnaire peut donc céder ses actions à un tiers, sous réserve des clauses d'agrément, de préemption ou d'inaliénabilité, sans qu'il ait besoin de l'accord des autres actionnaires. Entre ceux-ci et le nouvel actionnaire, existe-t-il vraiment de l'affectio societatis ? Rien n'est moins sûr.

Loin d'être exhaustif, le présent article se cantonne à l'étude de l'affectio societatis comme condition de validité du contrat de société (I) et à son utilité pratique (II).

I. L'affectio societatis : une condition de validité du contrat de société

Traditionnellement, pour qu'un contrat de société soit juridiquement valide, il faut, outre les éléments indispensables à tout contrat (consentement, capacité, objet et cause licites), la réunion des éléments spécifiques au contrat de société : apports, participation aux résultats et affectio societatis. Si les deux premiers éléments, propres au contrat de société, font quasiment l'unanimité au sein de la doctrine, tel n'est pas le cas de l'affectio societatis déduite des articles 1832 et 1833 du Code civil français, équivalents de l'article 4 de l'AUSCGIE[14]. Selon la jurisprudence[15], c'est le défaut de l'affectio

[6] M.-A. MOUTHIEU-NJANDEU, obs. CCJA, arrêt n° 18 du 31 mars 2005, société Afrique construction et financement dite AFRICOF et monsieur Z.c/Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, *op.cit.*, p. 175 et P.-G. POUGOUE et S.-S. KUATE TAMEGHE (dir.).
[7] V. MAGNIER, *op.cit.*, n° 8, spéc., p. 62 cité par A.S. COULIBALY et S. GUENBOUR, *op. cit.*, p. 187.
[8] V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, LexisNexis Litec, 2008, n° 537. La locution affectio societatis serait féminine, note l'auteur (V. not., p.1, note infrapaginale n° 5.).
[9] M.-A. MOUTHIEU-NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2010, n° 332.
[10] C. CUJATAR-RIVIÈRE, *La société-écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, p. 135.
[11] A.S. COULIBALY et S. GUENBOUR, *op. cit.*, p. 189.
[12] P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON et Y. LIBERI, *Les sociétés unipersonnelles*, éd. Joly 2008, spéc., n° 63, p. 34.
[13] C. *CUJATAR-RIVIÈRE, La société-écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, p. 138.
[14] D. POHÉ, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, BRUYLANT, 2019, p. 42.
[15] Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, *Dr des sociétés*, 1996, n° 225, Th. BONNEAU.

societatis qui permet de déceler la fictivité d'une société (A). C'est l'affectio societatis qui permet également de requalifier certains contrats ou situations de fait en contrat de société (B).

A. L'affectio societatis : critère de fictivité d'une société

De nombreuses sociétés sont constituées à des fins autres que celles correspondant à la définition de l'article 4 de l'AUSCGIE (1832 du Code civil), notamment à des fins fiscales ou pour donner à l'entrepreneur un statut social, limiter les risques d'entreprendre[16] ou encore pour des raisons d'ingénierie juridique. Selon le Professeur Patrick SERLOOTEN[17], pour que l'affectio societatis soit évidente, il faut se demander quelle serait la situation au cas où les associés n'auraient pas l'affectio societatis ; quelle serait la sanction du défaut de celle-ci ? Le défaut d'intention de s'associer constitue-t-il un cas de nullité ?

Eu égard au fondement de l'affectio societatis (article 4 de l'AUSCGIE), il est permis de dire que l'absence d'affectio societatis peut constituer un cas de nullité. En cas de défaut de l'affectio societatis, on peut faire annuler une société sur le fondement de la théorie générale de la fraude (fraus omnia corrumpit) dans la mesure où les sociétés fictives réalisent une fraude à la loi. En cas d'absence d'affectio societatis, la jurisprudence française[18] a souvent recours à la notion d'inexistence pour échapper aux restrictions du Code de commerce et du Code civil quant aux nullités des sociétés. Il a été ainsi jugé que le défaut d'affectio societatis entraine l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudonymes et exclut que les apports de ceux-ci soient entrés dans un patrimoine commun.

En droit OHADA, le législateur aurait préféré la notion de nullité à celle d'inexistence d'une société fictive. En effet, l'article 242 de l'AUSCGIE semble permettre l'annulation des sociétés pour défaut d'affectio societatis, ce qui rendrait inutile le recours à la notion d'« inexistence ». Dans ce texte, le législateur OHADA dispose que « la nullité de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition du présent Acte uniforme ou des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat des sociétés en particulier ». Or, dans les textes visant le contrat de société en particulier, se trouvent les dispositions de l'article 4 de l'AUSCGIE auxquelles la doctrine rattache l'affectio societatis[19]. La doctrine[20] estime que « si l'on veut une sanction à caractère dissuasif, la nullité n'est pas adéquate parce qu'elle est douce pour frapper les sociétés fictives : elle joue sans rétroactivité comme une dissolution. La déclaration d'inexistence est la seule sanction qui, une fois le contrat simulé écarté, permettra de retrouver l'individu qui a exercé l'activité économique sous le couvert de la personne morale en masquant ses agissements, pour qu'il soit personnellement responsable de tous les engagements pris ». En matière d'efficacité, cette solution, à laquelle nous adhérons, semble plus judicieuse.

Outre les sociétés créées ab initio, la notion d'affectio societatis est un élément indispensable à la reconnaissance de la société créée de fait[21]. Dans un arrêt rendu en 2006, la Cour d'appel de Ouagadougou[22] a reconnu l'existence d'une société créée de fait après avoir caractérisé au préalable que chaque associé a participé à la gestion de

[16] P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *in Aspects actuels du droit des affaires ?* Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, DALLOZ, 2003, p. 1013.
[17] *Idem*.
[18] Cass. 3e civ., 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619, note P. DIENER.
[19] D. POHÉ D., *op. cit.*, p. 44.
[20] *Idem*.
[21] D.H. PALGO, « L'importance de l'affectio societatis dans la société créée de fait », 24 janvier 2025, v. [Droit OHADA] L'importance de l'affectio societatis dans la société créée de fait. Par Diane Horelie PALGO : site consulté le 29 juillet 2025.
[22] Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale (Burkina Faso), Arrêt n°86 du 21 avril 2006, Adoko Sessinou Bernard c/ Nacoulma Désiré, Yanogo B. Michael, Songnaba/Compaore Claudine, Ohadata J-09-24, www.ohada.com

l'activité. Dans un arrêt rendu en 2017, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) a confirmé cette jurisprudence Burkinabé en ces termes : « La simple apparence ne peut suffire à conclure à l'existence d'une société créée de fait. En effet, l'existence d'une telle société résulte de l'affectio societatis qui est la volonté de s'associer et de participer au projet commun sur une base égalitaire »[23]. Une autre utilité de la notion d'affectio societatis est la requalification de certains contrats ou situations de fait en contrats de société.

B. L'affectio societatis et la requalification de certains contrats ou situations de fait en contrat de société

L'affectio societatis permet au juge de requalifier certains contrats ou situations de fait en contrat de société dont ils sont assez proches. À titre d'illustration, il convient de citer l'exemple du contrat de prêt. En matière de prêt, il se peut que le prêteur soit rémunéré non par un intérêt fixe, mais par un intérêt dont le taux varie en fonction du résultat obtenu par l'emprunteur avec la somme prêtée. Un auteur[24] s'est ainsi posé la question de savoir si l'on ne peut pas alors requalifier ce contrat de prêt en contrat de société dans la mesure où il y a apport de part et d'autre (l'un apportera, par exemple, sa force de travail et l'autre son capital) et où il y a partage du bénéfice (puisque les intérêts versés aux prêteurs sont en fonction du bénéfice) ? La différence dans une telle hypothèse entre le prêt et la société, selon ce dernier, dépendra de l'existence ou non de l'élément intentionnel, de l'intention de s'associer[25]. Ainsi, l'existence de l'affectio societatis peut permettre de requalifier ce contrat en contrat de société. Il ne pourra s'agir évidemment que d'une société créée de fait dépourvue de la personnalité morale qui, cependant, peut être utile aussi bien pour les associés que pour les tiers. Lorsqu'un banquier accorde un prêt à un commerçant sans aucune intention de s'associer avec celui-ci, il encourt le risque de ne pas recouvrer sa créance, notamment lorsqu'il entre en concurrence avec d'autres créanciers. En revanche, lorsqu'il subordonne l'octroi de son crédit à la modification dans la gestion de l'entreprise du commerçant, s'il a donc eu l'intention de s'associer avec celui-ci, le contrat de prêt peut se transformer en contrat de société. Il en résulte que l'affectio societatis peut permettre de requalifier un contrat de prêt en contrat de société, ce qui, en apparence, n'en est pas[26]. L'exemple du concubinage permet également de mettre en exergue l'importance de l'affectio societatis dans la qualification du contrat de société. Lors d'un concubinage, par exemple, la concubine n'a pas droit aux économies du concubin, mais si elle parvient à prouver la société créée de fait, elle aura droit à une partie des économies. Or, la différence entre le simple concubinage et la société créée de fait tient généralement à l'existence ou non de l'affectio societatis entre les deux protagonistes. Une simple cohabitation, aussi longue qu'elle fut, ne suffit à établir l'existence d'une société créée de fait. Pour prouver l'existence de celle-ci, les concubins doivent prouver qu'ils avaient eu l'intention de faire des affaires ensemble. Après avoir passé au crible la notion d'affectio societatis comme étant condition de validité du contrat de société, il convient d'analyser l'utilité pratique de cette notion.

II. L'utilité pratique de la notion d'affectio societatis

Comme nous l'avons précédemment mentionné, l'affectio societatis est une volonté de s'associer. S'il est relativement aisé d'appréhender cette notion lorsqu'il s'agit des sociétés pluripersonnelles, tel n'est pas forcément le cas en ce qui concerne les sociétés unipersonnelles. Il convient ainsi de passer en revue la place de l'affectio societatis respectivement dans les sociétés pluripersonnelles (A) et dans les sociétés unipersonnelles (B).

---

[23] D.H. PALGO, « L'importance de l'affectio societatis dans la société créée de fait », *op. cit.*
[24] P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *op. cit*., p. 1015.
[25] *Idem*.
[26] Cass. com., 22 mai 1970, *Rev. Sociétés* 1971, 66, note BOULOC.

A. La place de l'affectio societatis dans les sociétés pluripersonnelles

Dans les sociétés pluripersonnelles, outre l'exclusion des sociétés fictives et la requalification de certains types de contrat ou situations de fait en contrat de société, la notion d'affectio societatis joue d'autres rôles. Dans ces types de société, l'intensité de l'affectio societatis varie selon qu'il s'agit des sociétés de capitaux ou des sociétés de personnes. Elle est censée être plus forte dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux. Au sein de ces dernières, elle n'a pas la même importance selon qu'il s'agit d'une société de petite taille ou d'une société de grande taille. Rappelons qu'une société de personnes est une société qui se caractérise par un lien fort qui existe entre les associés, où la confiance et la personnalité de chacun sont primordiales. À titre d'exemple, on peut citer les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles, les sociétés en commandite concernant les associés commanditaires, etc. Appuyons-nous sur l'exemple de la société en nom collectif (SNC) pour illustrer notre propos. En vertu de l'article 270 de l'AUSCGIE, « la société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ». La formule employée signifie qu'au stade du fonctionnement de la SNC, société de personnes par excellence, les associés mettent en jeu l'intégralité de leurs patrimoines personnels, et ce, de manière solidaire. En d'autres termes, lorsque la société est endettée et n'est pas en mesure de rembourser ses dettes, chaque associé peut être poursuivi dans son patrimoine personnel et pour l'intégralité de la dette, à charge pour lui d'agir contre les autres associés aux fins de contribuer à la dette à hauteur de la quote-part que chacun détient dans la société. Au regard des risques patrimoniaux en jeu, aucune personne vigilante ne pourrait accepter de s'associer hasardeusement avec une autre personne qu'elle ne connaît pas, et la volonté de s'associer n'est pas du tout anodine dans une telle hypothèse. D'ailleurs, la volonté de s'associer est d'autant plus forte qu'en droit OHADA la cession des parts sociales d'un associé d'une SNC à un tiers non associé nécessite en principe l'accord unanime de tous les associés (article 274 de l'AUDCGIE). Le non-respect de cette exigence est sanctionné par la nullité de la cession opérée. L'alinéa 2 du texte précité permet d'aménager statutairement la procédure de rachat afin de permettre le retrait de l'associé cédant. Lorsque les associés expriment leur accord pour la cession des parts sociales à des tiers, cela traduit l'existence de l'affectio societatis entre les premiers et ces derniers !

Qu'en est-il de l'affectio societatis dans les sociétés de capitaux ? La notion d'affectio societatis n'a pas la même envergure dans les sociétés de capitaux au même titre que dans les sociétés de personnes. Il convient de rappeler que les sociétés de capitaux sont celles constituées en considération des apports de capitaux effectués par les actionnaires[27]. L'accent est plus mis sur le capital que sur la réelle volonté de s'associer, dans le sens où la personnalité des autres associés (actionnaires) est presque reléguée au second plan. En outre, l'affectio societatis est plus forte dans les sociétés de petite taille et moins importante dans les grandes sociétés à dimension mondiale où les associés ne se connaissent même pas et se contentent parfois d'un simple placement financier[28]. Lorsqu'une société est créée par un associé unique, quelle forme pourrait prendre l'affectio societatis et quel pourrait être son rôle dans une telle structure ?

B. La place de l'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles

L'AUSCGIE introduit la société unipersonnelle sous forme de SA, de SAS ou de SARL dans le nouveau paysage juridique africain[29]. En n'admettant la société unipersonnelle que pour certaines formes de sociétés, le législateur OHADA nous conduit à nous poser la question suivante : l'affectio societatis, au sens de la volonté

[27] Associés des sociétés de capitaux.
[28] D. POHÉ, *op. cit.*, p. 44.
[29] *Ibid.*, p. 46.

de plusieurs personnes de s'associer, est-elle plus exigée dans certaines formes de sociétés que dans d'autres ? Force est de constater que deux sociétés (SA, SAS) sur les trois précitées sont des sociétés de capitaux. Il n'en demeure pas moins que la SARL, considérée comme une société mixte, emprunte plusieurs caractéristiques aux sociétés de capitaux, notamment la limitation des risques aux apports effectués par les associés. Il est possible que ce soit la limitation de la responsabilité des associés d'une SARL à leurs apports qui justifie qu'un associé unique puisse créer celle-ci.

A contrario, lorsqu'il s'agit des sociétés de personnes, l'hypothèse de la création d'une société ab initio par un associé unique est exclue en droit OHADA. Lorsqu'une société de personnes pluripersonnelle devient une société unipersonnelle a posteriori, le législateur OHADA propose une solution de régularisation. L'article 60 de l'AUSCGIE, qui reprend la solution française de l'article 1844-5 du Code civil, dispose : « Dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée par le présent Acte uniforme, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander au président de la juridiction compétente cette dissolution, si la situation n'a pas été régularisée dans un délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ». S'agissant de la modalité d'une régularisation, elle peut s'obtenir en cédant au moins une part sociale à une autre personne, sous réserve de respecter la spécificité de la société en commandite qui exige un commandité et un commanditaire.

Si l'on admet la création d'une société unipersonnelle pour certains types de sociétés ci-dessus mentionnés, quel serait le sens de l'affectio societatis dans une telle hypothèse ? Selon une partie de la doctrine, dans cette hypothèse, l'affectio societatis doit être vue comme la volonté de constituer une société[30] ou l'acceptation des risques nés de la création de la société[31]. Ainsi, en tant que volonté de création d'une société, l'affectio societatis consisterait pour l'associé unique à faire vivre la société, à avoir le comportement d'un membre d'une personne morale[32]. Dans cette optique, l'associé unique serait tenu au respect de l'objet dans sa gestion quotidienne[33]. Il aurait également l'obligation d'éviter toute confusion de patrimoines[34]. La jurisprudence OHADA semble s'aligner sur cette conception dans la mesure où la CCJA[35] affirme que « constitue une société fictive au service de son fondateur, qui forme avec celle-ci une seule et même entité juridique, une société dont les statuts et les procès-verbaux révèlent entre autres que le siège social et l'adresse personnelle du fondateur gérant se confondent de même que leur patrimoine ». Il en résulte que la confusion de patrimoines d'un associé unique fait disparaître l'affectio societatis de la société unipersonnelle et permet ainsi de requalifier celle-ci en société fictive. Cette thèse est celle qui emporte notre conviction. D'autres auteurs contestent l'existence de l'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles. Ainsi, par rapport à la jurisprudence française, M. VIANDIER[36] soutient que l'affectio societatis serait inexistante lors de la création de la société unipersonnelle. Elle n'apparaît que lorsque celle-ci devient pluripersonnelle, de sorte que l'affectio societatis suppose la présence d'au moins deux personnes.

En définitive, l'affectio societatis est une notion fondamentale, voire incontournable

[30] P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1985, Chron., p. 187.
[31] C. CUJATAR-RIVIÈRE, *La société-écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, op. cit., p. 135 cité par S.-A. COULIBALY et S. GUENBOUR, « L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle », *RIDSP*, Vol 3, n° 4, 2023, p. 188.
[32] P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON et H. LIBERI, *op. cit.*, n°63, p. 64
[33] *Idem*.
[34] *Idem*.
[35] CCJA, arrêt n°018/2005 : GD-CCJA, p. 171, obs. M.A. NDJADEU née MOUTHIEU, OHADATA J-05-370.
[36] Cass. com. 8 mars 2005, *Rev., sociétés* 2005, p. 817, obs. A. VIANDIER, « promesse de cession des droits sociaux et affectio societatis ».

en matière de société. Quelles que soient les tendances doctrinales, toutes reconnaissent d'une manière ou d'une autre l'importance de cette notion. Celle-ci permet de déceler la fictivité d'une société pluripersonnelle ou unipersonnelle, et toutes les opérations frauduleuses subséquentes. En dépit de son importance en droit des sociétés, la notion d'affectio societatis est une notion difficile à cerner eu égard à ses contours imprécis. La jurisprudence OHADA, à notre connaissance, ne s'est pas véritablement penchée sur cette notion. N'est-il pas temps que le législateur OHADA prenne cette problématique à bras-le-corps et codifie l'affectio societatis au même titre que les autres conditions spécifiques (la pluralité ou l'unicité des associés et les apports) au contrat de société ?

VARIA

LE CONTENTIEUX DES BAUX A USAGE PROFESSIONNEL EN DROIT OHADA

Nibéhen Isidore SOMDA
Assistant à l'Université Thomas SANKARA

Résumé : L'article analyse le contentieux des baux à usage professionnel dans les pays membres de l'espace OHADA à la phase de l'exécution et de la fin du contrat de bail. En effet, en dépit de son importance indéniable en ce qu'il confère au preneur un local, essentiel pour son activité, et au bailleur un revenu, le bail professionnel engendre néanmoins un abondant contentieux. Celui-ci découle du déséquilibre des droits des parties contractantes. Le législateur consacre au profit du preneur des prérogatives exorbitantes de droit commun à travers, d'une part, la reconnaissance d'une propriété professionnelle par laquelle le renouvellement du bail arrivé à terme est acquis et, à défaut, le droit à une indemnité d'éviction. D'autre part, il bénéficie d'un droit d'imposer à son cocontractant la cession du bail dès lors qu'elle s'accompagne d'un transfert d'activité. À l'inverse, le droit de propriété du preneur est réduit à néant avec une restriction dirimante du droit de disposer et de celui de reprise de l'immeuble ou des lieux donnés en location. Le rééquilibrage des droits des parties au travers de la limitation de la propriété professionnelle et de la réhabilitation du bailleur dans son droit de propriété paraît un remède à ce contentieux.

Introduction : « Chaque jour, un nombre incalculable de baux, qu'ils soient de résidence principale, commerciaux, de circonstances, à ferme, sociaux ou de droit commun, sont conclus »[1]. Cela s'explique, notamment, par l'inaccessibilité au plus grand nombre de la construction immobilière et, singulièrement dans le domaine des affaires, par la nécessité d'implanter son activité dans un immeuble qui puisse attirer de la clientèle[2]. Dans cette dernière hypothèse, hormis quelques entreprises qui sont propriétaires des immeubles ou des locaux où elles exploitent leurs affaires, pour la grande majorité, le recours au bail à usage professionnel s'impose, pour la survie de leurs activités[3]. Ces baux ainsi conclus entrainent parfois devant les juridictions[4], États membres de l'espace de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des

[1] P.-P. RENSON, « La médiation dans les conflits locatifs : info ou intox », in N. BERNARD, B. LOUVEAU et *alii*, *Le bail, actualité et danger*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 313-354, spéc. n°1, p. 313.

[2] En ce sens voy. S. BERET, « L'immeuble et le droit des affaires », *RTD com.* 2025, n°3, p. 1 ; J.-B. BLAISE, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *RTD com.* 1966, p. 82.

[3] A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *OHADA. Droit commercial général*, Bruylant, 2002, n°268, p. 167. M. PEDAMON et H. KENFACK, *Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 4ème éd., Dalloz, 2015, n° 359, pp. 307 et 308.

[4] D. MOUGENOT, « L'office du juge en matière de baux », in N. BERNARD, B. LOUVEAU et *alii*, *Le bail, actualité et danger*, Louvain-la Neuve, Anthémis, 2009, pp. 313-354, spéc. n°1 ; A. OUATTARA, « L'expulsion du preneur en vertu d'un bail commercial : compétence du juge des référés-expulsion ou du juge du fond ? *Ohadata-D-02-22* ; J. DJOGBENOU, « Commentaire de l'Avis n°1/2003/EP du 4 juin 2003 de la CCJA : Quel sort à la compétence du juge des référés en matière de résiliation du bail commercial et d'expulsion du preneur au regard de l'article 101 de l'Acte uniforme portant droit commercial général ? », *Ohadat D-04-46 ;* D. COHEN-TRUMER, « Le rôle du juge en droit français des baux commerciaux », disponible sur www.stradalex.com -, consulté le 25 juin 2025.

affaires, ci-après OHADA[5], un contentieux abondant[6].

Le contentieux s'entend d'un ensemble de litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux soit globalement, soit dans un secteur déterminé[7]. Le terme est certes fortement d'usage en droit public, où il est classiquement question de contentieux administratif ou de contentieux constitutionnel[8]. Cependant, il n'existe pas que dans cette branche du droit. On le retrouve de plus en plus chez les privatistes. Henri Motulsky en aurait été le précurseur en 1973[9]. Renvoyant dans l'ensemble au droit du procès, l'étude du contentieux renferme plusieurs réalités. Elle se réfère, d'abord, à la compétence des cours et tribunaux, à savoir la juridiction territorialement et matériellement compétente pour connaître du litige. Elle renvoie également à l'action en justice, où se pose la question du rôle des parties et du juge, depuis sa saisine jusqu'au dénouement de l'affaire. À cela, il faut y ajouter les moyens de défense que les parties mobilisent au soutien de leur prétention. Une fois la décision rendue, les règles juridiques relatives au procès renvoient en outre aux voies de recours et à l'exécution même de la décision, devenue définitive. Ces questions dont l'intérêt n'est pas négligeable ne seront pas abordées en ce qu'elles apparaissent, à nos yeux, traversables et très classiques.

En revanche, une attention particulière sera accordée à l'objet du litige, c'est-à-dire la matière qui cristallise une véritable concurrence des droits du bailleur et du preneur. Le droit au procès, renfermant aussi l'examen des litiges par des juridictions arbitrales, ne sera toutefois pas exploré. La raison en est que les sentences arbitrales ne sont pas toujours accessibles, frappées le plus souvent du sceau de la confidentialité. Une incursion pourrait néanmoins y être faite, toutes les fois que les décisions de l'arbitre font l'objet d'un recours auprès du juge étatique ou devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, ci-après, CCJA.

L'article 103 de l'AUDCG[10] répute bail à usage professionnel « toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle ». En dépit des similitudes, le bail à usage professionnel ainsi défini diffère du bail d'habitation en ce que le premier est régi par l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) issu de l'OHADA, tandis que le second est soumis aux dispositions des articles 1713 et suivants du Code civil.

Le contentieux relatif aux baux à usage professionnel prend généralement sa source de l'inexécution des obligations résultant du contrat de bail par le bailleur ou par le preneur. En effet, le contrat met à la charge du bailleur une triple obligation : la

---

[5] Le Traite OHADA a été signé à Port Louis, en Ile Maurice, le 17 octobre 1993 et est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il a été révisé au Québec, au Canada, le 17 octobre 2008 avec comme date d'entrée en vigueur le 21 mars 2010. Cette organisation regroupe, à ce jour, seize (16) États (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Comores, le Congo, la Côte d'ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo) tous de la zone franc, dont l'ambition est de créer, dans les États parties, un droit des affaires unifié, simple, moderne et adapté à leurs économies et de privilégier l'arbitrage comme moyen de règlement des litiges contractuels.

[6] Par exemple, une recherche rapide sur le site www. OHADA à partir des mots « bail commercial », fait ressortir environ deux cents cinquante affaires (250) portées devant les juridictions des pays membres de l'Ohada.

[7] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 15ème éd, PUF, 2024, p. 256, définition n°1.

[8] K. GRÉGORY, « La notion de contentieux, une spécificité du droit public ? », disponible sur https://doi.org/10.4000/books.putc.391, consulté le 23 juin 2025 ; voy aussi, F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », *in* F. MELLERAY*, L'exorbitance du droit administratif,* Paris, LGDJ, 2004, p. 277.

[9] H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 294.

[10] L'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général a été adopté le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo et publié au Journal officiel de l'OHADA le 15 février 2011.

délivrance, la garantie et l'entretien des lieux. L'obligation de délivrance recouvre la mise des lieux ou locaux à la disposition du preneur. Ceux-ci doivent être libres de toute occupation afin qu'ils puissent en disposer et en jouir pleinement. Concernant son étendue, elle embrasse la chose elle-même et les accessoires indispensables. En outre, les locaux doivent avoir été délivrés en bon état. Dans la pratique, au début et à la fin du contrat, les parties procèdent à la rédaction d'un état des lieux, lequel fait la description aussi précise que possible de la situation des locaux. À défaut et en l'absence de réserve, le preneur est censé les avoir reçus en bon état et ne peut, à la rupture du bail, échapper au règlement des frais de réfection réclamés par le bailleur, suivant une cour d'appel du Cameroun[11]. Même si l'obligation de délivrance n'est pas d'ordre public[12], elle est si fondamentale que le bailleur ne peut l'évincer conventionnellement[13]. En droit comparé, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française, par deux arrêts rendus le 10 avril 2025[14], rappelle, à juste titre, le caractère essentiel de l'obligation du bailleur de délivrer un local conforme et d'en garantir la jouissance paisible à son locataire pendant toute la durée du bail. En conséquence, ni une clause de renonciation à tout recours, ni une clause générale mettant à la charge du locataire des travaux de mise aux normes ne sont susceptibles de l'exonérer[15]. L'entretien des lieux loués impose au bailleur de faire procéder à ses frais à toutes les grosses réparations devenues nécessaires et urgentes. Cette obligation est permanente pendant toute la durée du bail et a pour finalité le maintien des lieux loués conformes à l'état pour lequel les destine le preneur. L'exécution de cette obligation ne peut avoir pour conséquence, pour le bailleur, de modifier unilatéralement l'état des lieux donnés à bail, ni d'en restreindre l'usage.

Quant à la notion de grosses réparations, il s'agit de celles des gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses septiques et des puisards. Leur énumération n'est pas exhaustive. Mais la réparation du sanitaire, pas plus que la réfection de la peinture, ne saurait relever des grosses réparations, souligne la Cour d'appel de Ouagadougou[16]. Néanmoins, il est loisible aux parties, à travers des dispositions conventionnelles, de stipuler que la charge des grosses réparations sera assurée par le preneur moyennant une compensation à l'expiration du bail. Cependant, si l'importance des réparations urgentes révèle une impossibilité dans la jouissance du bail, le preneur a la faculté de demander en justice la résiliation du bail ou sa suspension pendant la durée des travaux. Le cas échéant, le montant du loyer est diminué en proportion du temps et de l'usage durant lequel le preneur a été privé de l'usage des locaux.

Une obligation de garantie contre les troubles de jouissance pèse également sur le bailleur, puisque l'AUDCG, de dispositions expresses, le rend responsable envers le preneur du trouble de jouissance survenu de son fait, ou du fait de ses ayants droit ou de ses préposés. Le trouble de jouissance peut être de droit, s'il résulte d'une prétention d'ordre juridique sur la chose louée, ou de fait en l'absence d'une prétention à un droit. Comme les deux précédentes, la garantie n'étant pas d'ordre public, les parties ont la possibilité de restreindre conventionnellement son étendue sans pour autant l'éluder.

---

[11] CA de l'Ouest, arrêt n°44/civ du 22 juin 2011, *Ohadata J-12-66*.

[12] L'article 134 de l'AUDCG exclut l'article 105 relatif à l'obligation de délivrance du bailleur de ceux ayant un caractère d'ordre public.

[13] A. P. SANTOS et K. M. AGBENOTO, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial générale », in J. I. SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, F. M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, JURISCOPE, 2018, p. 290.

[14] Cass. 3e civ., 10 avril 2025, n°23-14. 099 et 23.14-974.

[15] M. BLOCK, « Le bail commercial : rappel de l'obligation essentielle de délivrance du bailleur », disponible sur https://www.village-justice.com/articles/bail-commercial-rappel-obligation-essentielle-delivrance-bailleur,53377.htm, consulté le 31 mai 2025.

[16] CA de Ouagadougou, arrêt n°057 du 4 décembre 2009, *Ohadata J-12-175*.

Dans l'hypothèse particulière où le bailleur consent au preneur une exploitation exclusive de l'activité dans les lieux loués, il engage sa responsabilité contractuelle s'il exerce lui-même la même activité ou s'il autorise à un autre preneur l'exploitation d'un fonds de commerce parfaitement semblable au premier. Au-delà de ces obligations classiques à tous les contrats de bail, le législateur OHADA consacre au profit du preneur d'autres droits, dont l'observation s'impose au bailleur. Ainsi, il est tenu au respect du « droit au bail » du preneur, lequel s'entend d'un ensemble de prérogatives ayant un caractère impératif conférées au professionnel et entrant dans la composition de son fonds de commerce[17]. Entrent dans cette composition le droit au renouvellement du bail arrivé à expiration et, à défaut, une indemnité compensatrice du préjudice causé par la privation des locaux ou immeubles consacrés à l'exploitation, connue sous l'appellation de « propriété commerciale » ou plus exactement, de « propriété professionnelle »[18].

Par ailleurs, sans être impératif, le preneur a aussi le droit de céder le bail à un tiers. Cette cession s'opère tantôt avec l'accord du bailleur, tantôt sans un tel accord, dès lors qu'elle s'accompagne de l'ensemble des éléments permettant l'exercice de l'activité. En outre, il dispose d'une faculté de déspécialisation du bail, c'est-à-dire la modification de la destination des locaux sur lequel porte le bail, partiellement, par adjonction d'activités connexes ou complémentaires de celles prévues au contrat ou totalement, par la transformation intégrale des activités initialement exercées dans les lieux loués. Dans la même optique, il a concurremment avec le bailleur la possibilité de demander la révision du loyer par le juge et celle d'obtenir, devant le même juge, la résiliation du bail si les circonstances l'exigent. Mais le preneur n'a pas seulement que des droits. Il a aussi des obligations à l'égard du bailleur, qui sont également au nombre de trois, à savoir, le paiement du loyer, le bon usage des lieux loués et la conservation de ceux-ci.

Le paiement du loyer est la contrepartie de l'obligation de jouissance résultant du caractère synallagmatique du contrat de bail. Il se fait à l'échéance convenue, directement, soit entre les mains du bailleur, y compris par correspondance ou par voie électronique, soit auprès de toute personne qu'il désigne. Mais le paiement fait auprès de l'administration fiscale par le preneur, en exécution d'un avis à tiers détenteur, est libératoire vis-à-vis du bailleur[19]. En outre, l'obligation au règlement du loyer par le preneur est si fondamentale que celui-ci ne peut s'en dérober, sous prétexte que son cocontractant ne satisfait à son obligation d'entretien des lieux loués. En pareille occurrence, il ne peut que solliciter la résiliation du bail ou obtenir judiciairement une autorisation pour effectuer les travaux nécessaires pour le compte du bailleur. Le preneur est aussi tenu d'exploiter les locaux donnés à bail, en bon père de famille, et conformément à la destination prévue au bail ou, à défaut de convention écrite, suivant celle présumée d'après les circonstances. Le bail étant toujours conclu pour l'exploitation d'une activité déterminée, le preneur a l'obligation de s'y conformer. À défaut, il s'expose, outre la résiliation anticipée du contrat, à un refus de renouvellement tiré de l'inexploitation de l'activité prévue par le bail. Mais dès lors que le bail est à usage mixte, l'usage unique à titre d'habitation n'est pas a priori fautif. Seulement, le défaut de l'exploitation professionnelle peut être invoqué par le preneur pour motiver le non-renouvellement.

Du reste, la déspécialisation du bail ouverte au preneur semble contrarier cette obligation d'exploiter les lieux suivant la destination convenue au bail, puisque, suivant

[17]Sur la notion, voy. J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les contrats principaux*, 3ème éd., LGDJ, 2012, n°1539, p. 781 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 30ème éd., Lefevre Dalloz, 2024, n°223, p. 100.

[18] Ibid.

[19] CCJA, arrêt n°006/2003 du 24 avril 2003, *Ohadata J. 03-192*. La CCJA admet certes qu'un paiement fait par le locataire entre les mains de l'administration fiscale, en exécution d'un avis à tiers détenteur, est libératoire. Mais, il faut que les paiements soient effectifs dans le cas de loyers réguliers de sorte que si le loyer reste dû après le paiement, il reste redevable au bailleur.

les cas, le processus de déspécialisation aboutit à une adjonction d'activités connexes ou complémentaires non prévues au bail, ou à une transformation radicale des activités exercées dans les lieux loués. Cette contradiction, cependant, n'est qu'apparente dans la mesure où, même autorisée par le législateur, la modification de la destination des lieux, lorsqu'elle est totale, est impérativement soumise à l'accord préalable du bailleur, lequel peut toujours s'opposer pour des motifs sérieux et légitimes.

La conservation des lieux, impliquant leur maintien en bon état de réparations locatives et l'évitement qu'ils subissent des détériorations qui ne résulteraient pas de leur usage normal, constitue une autre obligation assignée au preneur. Dans cette optique, il engage sa responsabilité pour les dégradations causées aux lieux personnellement ou par tout occupant dont il répond. Si celles-ci sont constatées généralement en fin de bail, il n'en demeure pas moins qu'en cours de bail, le bailleur puisse exiger la réparation immédiate de son préjudice, dès lors que les lieux vendus subissent une moins-value du fait de ces dommages.

À ces obligations pesant sur tout preneur s'en greffent d'autres liées au caractère professionnel du bail et qui sont en réalité une panoplie de droits reconnus au bailleur. À ce titre, il convient d'évoquer la faculté de s'opposer aussi bien à la cession qu'à la déspécialisation du bail. Celle de refuser, dans certaines hypothèses, le renouvellement, ou encore la possibilité, suivant des exigences précises, de reprendre la jouissance des locaux ou l'immeuble donné à bail sans être tenu au règlement de l'indemnité d'éviction. À l'instar du preneur, il lui est, enfin, loisible de solliciter la résiliation judiciaire, ou encore de prévoir une résolution de plein droit du bail.

En reconnaissant à chaque partie des prérogatives et des obligations qu'elle assume, le législateur semble s'orienter vers la recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations du preneur et du bailleur : au premier, la préservation de son activité dans les lieux loués, au second, le respect de ses prérogatives liées à la propriété. Mais à y voir de près, cette mise en balance parait parfois vaine avec des privilèges disproportionnés reconnus au preneur. En effet, s'il mérite certes une protection en tant que partie faible au contrat, cela ne saurait justifier une remise en cause fondamentale de l'essentiel des prérogatives du bailleur, propriétaire des lieux loués. La législation relative au bail professionnel parait reléguer au second plan ses intérêts, dont la préservation parait aussi primordiale. Comme le relèvent lumineusement certains auteurs, «la protection des locataires commerçants dépasse actuellement les limites raisonnables »[20]. Cela entraine un contentieux ; d'où alors la question de savoir comment trouver, dans le contentieux des baux à usage professionnel, un meilleur équilibre entre la préservation de l'activité professionnelle du preneur et le droit de propriété du bailleur sur les lieux loués ? L'analyse revêt un intérêt théorique, d'une part, en ce qu'il se propose de mettre en balance à la lumière des dispositions de l'AUDCG et de la jurisprudence les prérogatives, les obligations des parties à la phase de l'exécution et de la fin du contrat de bail. Au plan pratique, d'autre part, la finalité du maintien de l'activité du preneur, qui paraît être au cœur de la réglementation, empiète gravement sur les prérogatives liées au droit de propriétaire. Sur la base de ce constat, l'étude s'inscrit dans une dynamique de réforme de l'AUDCG, en vue d'une meilleure prise en compte des intérêts des propriétaires immobiliers de l'espace OHADA.

Même si la propriété de l'immeuble ou des lieux loués n'est pas une exigence pour être en position de bailleur, dans l'hypothèse où il en est propriétaire, son droit de propriétaire connaît une restriction drastique, au nom de la finalité du maintien du

[20] Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, cité par J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les contrats principaux*, *op. cit.*, n°21539, p. 780. Dans le même sens, voy. E. BAGNERIS, « Le statut français des baux commerciaux dans le contexte européen », *Gaz. Pal.* 1998. 2. Doctr. 1457 ; V. LAGUETTE, « Y a-t-il antinomie entre propriété commerciale et droit européen », *AJPI*, 1996, 299.

preneur dans les lieux loués. Cela s'opère premièrement au travers d'une atteinte grave à certaines prérogatives que confère normalement le droit de propriété à tout propriétaire immobilier et deuxièmement, par la reconnaissance excessive d'un ensemble de prérogatives au locataire, parfois dérogatoires au droit commun. Dans ce cas, il importe de réconcilier véritablement le bailleur et le preneur, dont la protection du droit de propriété de l'un ne paraît pas moins essentielle que la préservation de l'activité de l'autre. Pour y parvenir, il convient d'identifier ce contentieux qui naît du déséquilibre des droits des parties en présence (I) et dont le traitement passe nécessairement par un rééquilibrage des droits de celles-ci (II).

I. Un contentieux né du déséquilibre des droits des parties en présence

Les droits reconnus au preneur et au bailleur, en matière de bail à usage professionnel, ainsi que les obligations qu'ils assument l'un envers l'autre entrent parfois en conflit, dont la conciliation n'est pas toujours aisée. En effet, tandis que l'un désire se maintenir aussi longtemps que possible dans l'immeuble ou les lieux loués pour une stabilité de son fonds de commerce, l'autre espère, surtout lorsqu'il est propriétaire des locaux, pouvoir retrouver sans contrainte majeure son immeuble donné en location, en vertu des prérogatives que lui confère le droit de propriété. Face à un tel dilemme, un choix s'impose et le législateur des États membres de l'OHADA semble avoir pris fait et cause pour le preneur en privilégiant la préservation de son activité. Cela va se traduire par une exorbitante consécration de prérogatives à son profit (A), et une sérieuse restriction du droit de propriété du bailleur (B).

A. La consécration de prérogatives exorbitantes au profit du preneur

Les prérogatives sont les attributs d'un droit, les pouvoirs exclusifs spécifiés ou encore les moyens d'action appartenant au titulaire de ce droit et dont l'ensemble en constitue le contenu[21]. La réglementation sur le bail professionnel reconnait d'importantes prérogatives au preneur, notamment à la fin du contrat et en cas de transmission du bail. Il dispose d'une propriété professionnelle à l'expiration du contrat (1) et a le droit d'imposer au bailleur une cession du bail lorsqu'elle inclut l'activité (2).

1. La propriété professionnelle

Le preneur bénéficie d'une propriété commerciale, ou plus exactement, d'une propriété professionnelle[22], qui s'analyse en « un droit au maintien dans les lieux »[23], en fin de bail. Tout locataire d'immeuble, propriétaire du fonds qu'il exploite personnellement ou non, jouit de ce droit qui lui permet de demeurer dans les lieux loués, et à défaut, une indemnité d'éviction, proportionnelle au préjudice qu'il subit effectivement[24].

---

[21] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 801, voy. définition n°2

[22] L'expression propriété professionnelle remplace désormais celle de propriété commerciale. Cela fait suite à l'adoption du nouvel Acte uniforme qui s'applique désormais à toute activité professionnelle Voy. en ce sens, M. C. SANOU, « La transmission du bail professionnel en droit OHADA », consultable sur http://afrilex.u-bordeaux.fr/la-transmission-du-bail-professionnel-en-droit-ohada/, n° 2, pp. 2 et 3 ; J. Y. TOE, *OHADA. Droit commercial général*, Bruylant, 2002, n°297, p. 185 et 194.

[23] L. YUMPA MPOMBO, « Le bail professionnel en droit OHADA : un régime de protection à sens unique », *Ohadata D-21-08*, p. 3 ; J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *Ohadata D-10-26*, p. 2.

[24] Sur la notion de propriété commerciale, voy A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *OHADA. Droit commercial général*, *op. cit.*, n°297, p. 185 et 194 ; S. TOE ; J. ISSA-SAYEGH « Présentation des dispositions sur le droit commercial général », *Odata D-06-06,* p. 7 ; B. TOGORA, « Brèves observations au sujet du bail commercial à durée déterminée et des conditions de son renouvellement par tacite reconduction suivant le droit Ohada », *Odata D-11-92 ;* dans le même sens, en droit français, voy. notamment, F. AUQUE, *Les baux commerciaux, Théorie et pratique*, LGDJ, 1996, à compléter ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome I, 17ème éd., LGDJ, 1998, n°37, p. 315 ; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les contrats principaux*, *op. cit.*, n°21539, p. 780 ; M. PEDAMON et H. KENFACK, *Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, *op.cit.*, n° 359, pp. 307 et 308 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil. Droit des contrats spéciaux*, 12ème éd., LGDJ, 2022, n°430, p. 370 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 30ème éd., Lefevre Dalloz, 2024, n°233, p. 105.

La propriété professionnelle, pilier porteur du statut des baux professionnels[25], n'a pas toujours été reconnue au locataire d'un fonds de commerce en droit français[26]. En effet, le locataire commerçant était à la merci du bailleur. Celui-ci pouvait au terme du contrat lui refuser le renouvellement sans crainte d'avoir à payer une quelconque indemnité, même si cette rupture causait un dommage à son cocontractant. Le préjudice était parfois d'une gravité exceptionnelle, notamment lorsqu'une possibilité de réinstallation à proximité était inenvisageable. En revanche, le bailleur relouait l'immeuble vacant au prix fort à un autre preneur qui profitait de la clientèle déjà existante. Cette situation devenue inacceptable entraîna, dans le milieu des commerçants, des revendications pour l'institution d'un droit absolu au renouvellement du bail. Rejeté au départ, le Sénat admit en juin 1926 le versement d'une indemnité d'éviction aux locataires, lorsque le bailleur ne pouvait justifier par des motifs légitimes le refus de renouvellement. Quelques années plus tard, le droit au renouvellement fut définitivement reconnu au preneur, par un décret du 30 septembre 1953, repris dans le Code de commerce français[27]. De nos jours, en droit français, tout comme en droit OHADA, la propriété professionnelle n'est plus discutée. Elle relève des dispositions impératives de l'AUDCG[28].

Comme tout droit subjectif, celui au renouvellement du bail ne s'exerce pas sans conditions. Outre l'existence d'un fonds de commerce, l'exploitation doit être conforme à la destination prévue au contrat afin que le preneur puisse se prévaloir d'un droit de maintien dans les lieux loués. En d'autres termes, l'activité exploitée doit être commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle. À cela s'ajoute une durée d'exploitation de l'activité, fixée à deux ans minimums. La jurisprudence est très regardante sur cette dernière condition. Ainsi, elle rejette la demande en renouvellement du bail et en indemnité d'éviction introduite par le preneur qui n'a occupé qu'un an les lieux loués, suivant l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou, rendu le 21 novembre 2008[29]. En plus de ces conditions, la demande est à l'initiative du preneur et se fait par une signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir une réception effective par le destinataire trois mois avant la fin du bail. Le bailleur à son tour est tenu de faire connaître sa réponse à la demande du preneur au plus tard un mois avant l'expiration du bail. À défaut, il est réputé avoir accepté le principe du renouvellement. Si au contraire, le bail est à durée indéterminée, toute partie peut le résilier en donnant congé à l'autre par acte extrajudiciaire au moins six (6) mois à l'avance. Le preneur peut cependant s'opposer à ce congé, au plus tard à la date d'effet de celui-ci, en notifiant au bailleur, suivant les mêmes formes, sa contestation de congé. S'il n'a pas formulé sa demande dans le délai imparti, ou s'il n'a pas contesté en temps utile le congé reçu, il est déchu de son droit au renouvellement du bail.

La procédure sous-tendant ce droit reconnu au locataire parait exclure a priori la tacite reconduction ; comme l'illustre la jurisprudence qui ferme la porte du renouvellement

---

[25] S. TOE, *Droit OHADA des affaires. Droit commercial général et droit des sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 150

[26] Voy. M. PEDAMON et H. KENFACK, *Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, *op. cit.*, n° 360, pp. 308-310 ;

[27] Code de commerce français, art. 145-8 et suivants.

[28] Voy l'article 123 y relatif qui est rangé par l'article 134 du même Acte uniforme parmi les dispositions impératives.

[29] CA Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n°059 du 21 novembre 2008, disponible sur *Ohadata J-10-127*. En l'espèce, un contrat de bail à usage commercial, d'une durée d'une année, lie une bailleresse à une locataire. Avant la fin du contrat, la première donna unilatéralement congé à la seconde qui saisit le TGI de Ouaga pour obtenir la réparation du préjudice subi résultant de la rupture abusive du contrat de bail par sa cocontractante et le paiement d'une indemnité d'éviction. Par une demande reconventionnelle, la défenderesse sollicita entre autres l'expulsion de la demanderesse des lieux loués et sa condamnation au paiement des loyers impayés. Ayant succombé, la bailleresse releva appel du jugement devant la cour d'appel de la même ville. Les juges d'appel confirment partiellement le jugement, notamment en ses dispositions fondées sur la réparation du préjudice du fait de la rupture abusive du contrat de bail, mais l'infirment concernant la demande de renouvellement et de l'indemnité d'éviction parce que l'occupation des lieux n'atteignait pas les deux ans.

à son bénéficiaire non seulement en l'absence de demande expresse[30] mais aussi en présence d'une demande méconnaissant les prescriptions légales[31]. Il s'en déduit que c'est un droit, mais conditionné. Ce qui a fait dire à Joseph ISSA-SAYEGH qu'« il y a une certaine contradiction à considérer que le droit au renouvellement est acquis au preneur au bout de deux ans d'exploitation et à le lui fermer s'il n'opte pas expressément pour le renouvellement »[32]. D'ordre public, la propriété professionnelle reste une prérogative dérogatoire au droit commun reconnue à tout preneur qui, en plus, a le droit d'imposer à son cocontractant la cession dès lors qu'elle intègre l'activité.

2. L'imposition par le preneur de la cession au bailleur

Dans les baux classiques, par principe, le contrat n'est pas conclu intuitu personae si bien que le preneur a le droit de céder le bail à un autre et même de sous-louer les locaux. Il a donc la faculté de se substituer une autre personne sans encourir une résiliation anticipée du bail, sauf si cette faculté lui a été interdite[33]. La cession s'entend de la transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit[34]. Elle entraine la perte de la qualité de preneur au profit d'un tiers et de ce fait permet une mobilité de l'exploitation du fonds[35]. Contrairement au droit commun, la cession du bail s'impose au cédé, en l'occurrence le bailleur, lorsqu'elle s'accompagne de la transmission de la totalité des éléments permettant l'exploitation de l'activité par le cédant au cessionnaire[36]. Dite de « plein droit »[37], elle s'analyse également en une prérogative reconnue au preneur dont il ne peut, en principe, être privé par le contrat. Cette cession « obligatoire » fait néanmoins l'objet d'un encadrement prévu aux articles 118 et 120 de l'AUDCG. Primo, le preneur est tenu d'informer le bailleur de la cession. Cette information se fait par une signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir une réception effective par le destinataire. L'inobservation de cette obligation ne rend pas nulle la cession mais la rend inopposable au bailleur. Dans ces conditions, le cessionnaire, qui s'assimile à un occupant irrégulier, n'a droit à aucune protection prévue par l'AUDCG, soulignent les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage[38].

Secundo, le bailleur peut s'opposer à la cession en saisissant la juridiction compétente dans le délai d'un mois à compter de la signification ou de la notification. Cette opposition du bailleur doit se fonder sur des motifs sérieux et légitimes tels que la violation par le preneur des obligations du bail, notamment le non-paiement du loyer. Les motifs de l'opposition sont soumis au contrôle du juge. C'est dire que le veto du bailleur n'est pas discrétionnaire et n'est valable qu'en cas de violation grave et

---

[30] CA du Litoral (Douala), arrêt n°032/REF du 10 février 2010 disponible sur *Ohadata J-10-139*.

[31] CCJA, arrêt n°013/2011 du 29 novembre 2011. Le preneur ayant sollicité hors délai le renouvellement du bail s'est vu refuser le renouvellement du bail et l'indemnité d'éviction.

[32] J. ISSA-SAYEGH, *« Observation sous CCJA, arrêt n°014 /2002 du 18 avril 2002 »*, *Ohadata J-02-67* ; OHADA, *Traité et acte uniformes annotés*, Paris, juriscope, 2016, p. 304.

[33] C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 1717 du Code civil aux termes desquelles « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ».

[34] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique. op. cit.*, p. 161, voy. définition n°1 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2019, n°1624, p. 1693 ; F. M. SAWADOGO et W. D. KABRE, *Théorie générale des obligations*. *Droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Nouvelles Editions Burkinabè, 2020, p. 261.

[35] P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil. Droit des contrats spéciaux*, 12ème éd., LGDJ Lextenso, 2022, n°491, p. 443.

[36] AUDCG, art. 118.

[37] A. P. SANTOS, « Les nouvelles règles du bail commercial et du fonds de commerce », ERSUMA, Formation des formateurs aux actes uniformes révisés, 12 au 15 juillet 2011, p 6, accessible sur https://biblio.ohada.org/doc_num.php?explnum_id=336, consulté le 9 mai 2025.

[38] CCJA, Assemblée plénière, Arrêt n°126/2014 du 11 novembre 2014, *Ohadata J-15-216*.

répétitive des obligations du bail par le preneur[39].

À la différence de cette cession, celle faite isolément ou incluant quelques éléments du fonds échappe à la liberté de transmission qui reste soumise à l'autorisation du bailleur. Dans ce sens, le bailleur est tenu de réagir dans le délai d'un mois suite à la demande d'autorisation du preneur de céder le bail. Après ce délai, son silence vaut acception. La loi interprète en acceptation le silence du bailleur, s'il néglige de répondre à la demande du preneur. Cette liberté caractéristique de la cession, du moins lorsqu'elle inclut l'ensemble de l'activité exploitée, est en revanche totalement exclue en cas de sous-location. Le législateur l'interdit, qu'elle soit totale ou partielle, sauf convention contraire[40]. Cela se justifie par le fait que le bail est toujours conclu pour l'exercice d'une activité donnée. La sous-location des lieux est révélatrice que le locataire principal « soit n'exploite plus de fonds de commerce dans les lieux loués (sous-location), soit n'a plus besoin pour son exploitation d'une partie des locaux (sous-location partielle) »[41]. Il ne mérite plus alors la même protection que s'il exploitait un fonds de commerce. Toutefois, lorsqu'elle est autorisée, elle doit être notifiée au bailleur, par tout moyen écrit. À défaut, elle ne lui est pas opposable.

Les juges de la CCJA se montrent particulièrement stricts dans l'appréciation de l'agrément du bailleur à la sous-location, en refusant de voir dans la réclamation du paiement du loyer aux sous-locataires un accord tacite de sous-location, pas plus que la perception effective desdits loyers par le bailleur[42]. Cette position, digne d'approbation, se fonde sur le fait que le preneur n'est pas toujours tenu de payer personnellement le loyer entre les mains du bailleur. Dans l'hypothèse où le premier agit par l'intermédiaire d'un mandataire, le fait pour le second de réclamer ou de percevoir le loyer n'entraine pas nécessairement son agrément à la sous-location. En revanche, en droit comparé, les juges français[43] déduisent parfois de certains agissements non équivoques du bailleur comme un agrément tacite. C'est le cas lorsqu'il augmente le loyer principal[44] ou s'il est informé sans opposition des sous-locations consenties à l'occasion de renouvellements successifs [45]. Qui plus est, afin d'éviter que la sous-location ne se transforme en source de profit injustifié pour le locataire principal, le législateur OHADA prévoit que le bailleur est en droit d'exiger une augmentation correspondante du loyer principal si le loyer de la sous-location est supérieur au montant du loyer principal. En cas de désaccord entre les parties sur ce loyer, la partie diligente saisit la juridiction compétente qui statue à bref délai[46].

Au total, les prérogatives reconnues au preneur par le législateur sont réelles et se manifestent à l'expiration du bail et à la phase de sa transmission. Dans la première situation, il bénéficie d'une propriété professionnelle par laquelle le renouvellement du bail arrivé à expiration lui est reconnu et, à défaut, une indemnité d'éviction pour compenser le préjudice qui en découle. Dans la deuxième situation, la cession du bail lui est reconnue de plein droit dès lors qu'elle inclut l'activité et lui permet de se substituer une autre personne. La consécration de tels droits entraine comme conséquence une sérieuse restriction du droit de propriété du bailleur.

---

[39] Voy. B. MARTOR, N. PIKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*, LexisNexis, 2004, p. 47.

[40] AUDCG, art. 121.

[41] M. PEDAMON et H. KENFACK, *Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, *op. c*it., n° 377, pp. 332.

[42] CCJA, Arrêt n°060/2014 du 23 avril 2014, *Ohadata J-15-151*.

[43] J. M. NOYER, « Réflexion sur certains aspects de la sous-location dans le bail commercial », *Gaz. Pal.* 30 avril 2024, pp. 7-8, spéc. p. 7.

[44] Cass. 3e civ., 29 octobre 1970, *ACPI* 1971. 344.

[45] Cass. com. 30 jan. 1962, *Rev. loyers*. 1962. 245.

[46] AUDCG, art. 122.

B. La sérieuse restriction du droit de propriété du bailleur

Traditionnellement, le droit de propriété confère trois attributs à son titulaire : l'usus ou l'usage, qui est la faculté pour le propriétaire de se servir directement ou non de son bien ; le fructus ou la jouissance, donnant la possibilité de percevoir ou non les fruits de son bien et l'abusus qui permet d'accomplir tous les actes susceptibles de faire sortir le bien du patrimoine du titulaire. L'ensemble de ces prérogatives reconnues au propriétaire ferait du droit de propriété le plus complet. Toutefois, s'agissant particulièrement de la dernière prérogative, son exercice par le bailleur, propriétaire de l'immeuble, est doublement remis en cause au travers d'une dirimante limitation du droit de disposer (1) et d'une sévère restriction de la faculté de reprise de la chose louée (2).

1. La dirimante limitation du droit de disposer de la chose louée

Le droit de disposer de la chose ou abusus signifie que le propriétaire a le pouvoir de l'aliéner librement. À ce titre, il peut vendre, détruire ou abandonner le bien. À l'instar des autres attributs inhérents au droit de propriété, l'abusus renferme un double sens : positif et négatif. Positivement, il implique cette faculté reconnue à tout propriétaire d'accomplir des actes matériels de destruction et des actes juridiques de disposition. Négativement, cela signifie qu'ayant la faculté de disposer de la chose, il possède parallèlement le droit de ne pas en disposer, c'est-à-dire d'accomplir sur le bien ni acte matériel, ni acte juridique[47]. Comme le souligne L. DUGUIT, le propriétaire peut par conséquent « laisser sans culture ses emplacements urbains sans construction, ses maisons sans location et sans entretien, ses capitaux immobiliers improductifs »[48]. L'abusus confère normalement à son titulaire d'accomplir tant des actes de disposition physique que juridique sur le bien.

Cependant, le bailleur n'a pas toujours cette faculté d'accomplir l'un ou l'autre acte, même s'il est propriétaire de l'immeuble, objet de la location. En effet, s'agissant, en premier lieu, des actes de disposition physique ou matérielle qui confèrent au propriétaire ce pouvoir de démolir son immeuble en vue de sa reconstruction ou non[49], en matière de bail professionnel, le législateur OHADA l'enferme dans des conditions strictes, s'analysant même en une interdiction pure et simple. L'ancien[50], tout comme le nouvel[51] Acte uniforme relatif au droit commercial, rend obligatoire la justification de la nature et de l'étendue des travaux par une description aussi précise que possible auprès du preneur. Tout en ne précisant pas la forme que doit revêtir cette justification, la jurisprudence[52], approuvée par la doctrine[53], indique qu'elle pourrait résulter, notamment, des correspondances versées aux dossiers dont l'une précède des entretiens verbaux, ou encore des photographies produites par le bailleur renseignant sur les travaux de construction.

---

[47] N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 9ème éd., Dalloz, 2022, n°271, pp. 288 et 289 ; H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, chron., p. 283 ; H. MOUTOUH, « Le propriétaire et son double », *JCP* 1999. I. 146 ; W. DROSS, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* jan-mars 2015, pp. 27-43 ; P. COURBES et M. LATINA. *Droit civil. Les biens*, 8ème éd., Dalloz, 2016, pp. 36-38 ; F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, n° 127, pp. 136 et 137 ; J.-P. CHAZAL, « La propriété privée, une arme qui doit être contrôlée », *D.* 2019, p. 2177 ; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, *Droit des biens*, 10ème éd., LGDJ, 2023 ; n°181, pp. 147 et 148 ; T. S. N. MENDOME, « La fragmentation du droit de propriété », *LPA juin* 2023, pp. 5-11, spéc. p. 6.

[48] L. DUGUIT « les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Felix Alcan, 1920, p. 453 cité par H. MOUTOUH, « Le propriétaire et son double », *JCP* 1999. I. 146, n°5.

[49] P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, *Droit des biens*, *op. cit.*, n°181, p. 148.

[50] Article 95.

[51] Article 127.

[52] CA Yaoundé, arrêt n°282/Civ/03-04 du 23 juin 2004, disponible sur *Ohadata J-06-89*.

[53] A. P. SANTOS et K. M. AGBENOTO, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial générale », *op. cit.*, p. 307.

Il n'est pas ordinaire qu'un propriétaire ait à s'expliquer sur les travaux qu'il envisage de réaliser sur son bien, sauf à se conformer parfois à certaines règles administratives relatives à l'urbanisme. Désormais, l'AUDCG impose une explication préalable avant tout travaux de démolition et de reconstruction. Même après cette étape, le bailleur ne peut entreprendre immédiatement les travaux projetés. Le preneur est en droit de demeurer dans les lieux loués jusqu'au commencement effectif des travaux de démolition et bénéficie d'un droit de priorité dans l'attribution d'un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit. Lorsque les travaux projetés n'ont pas été effectués, il peut obtenir de la juridiction compétente une indemnité d'éviction. Il ne saurait toutefois, à la fin du contrat de bail, réintégrer les locaux en passant outre l'accord du bailleur sans se rendre auteur de voie de fait[54]. De même, si l'immeuble reconstruit change de destination par rapport à celle qui faisait l'objet du contrat de bail, cela s'assimile à une éviction pure et simple du preneur, lui ouvrant encore droit à indemnité pour compenser le préjudice qu'il subit.

Dans une espèce, le tribunal régional hors classe de Dakar a considéré que l'indemnité d'éviction est due au preneur, le fait pour le bailleur d'entreprendre la construction d'un immeuble comprenant un rez-de-chaussée et quatre étages, qui paraît incompatible avec l'activité de garagiste[55]. Le législateur OHADA se montre très exigeant vis-à-vis du bailleur qu'il soumet au contrôle du preneur, depuis le début jusqu'à la fin des travaux de démolition et de reconstruction avec un droit de priorité. L'accomplissement d'actes matériels et physiques inhérents à la position de propriétaire est alors subordonné au respect de ces exigences légales.

Relativement aux actes de disposition juridiques en second lieu, ceux-ci se rattachent à la transmission de la propriété, non seulement entre vifs mais aussi à cause de mort[56]. Le transfert du droit de propriété du bailleur, par vente ou donation des lieux loués, ne met pas un terme au contrat du bail. Celui-ci se poursuit avec le nouveau bailleur qui est substitué de plein droit dans les droits et obligations de l'ancien bailleur[57]. À titre d'exemple, le droit au renouvellement du bail dont est créancier le locataire est opposable à l'acheteur et au donataire, en tant que nouveau bailleur. En imposant la poursuite du bail avec le preneur, l'AUDCG ferme la possibilité de modification du contrat initial. Le droit de propriété de l'acquéreur et du donataire se trouve entravé dans la mesure où ils se retrouvent à poursuivre l'exécution d'un contrat auquel ils n'ont pas participé. Mais, ce mode de transmission n'étant pas d'ordre public, les parties pourraient en décider autrement. Concernant les actes à cause de mort, le législateur OHADA au travers de règles impératives[58] prescrit énergiquement que « le bail ne prend pas fin par le décès de l'une ou l'autre des parties »[59]. Tout comme dans l'hypothèse d'une transmission entre vifs, en cas de décès du bailleur, le bail se poursuit automatiquement avec ses ayants cause ; ce dernier transfert étant d'ordre public. À l'inverse, le bail ne peut être poursuivi valablement qu'après l'accomplissement de formalités supplémentaires suite au décès du preneur. Il appartient aux héritiers constitués du conjoint, ascendants ou descendants en ligne directe de décider de la poursuite ou non du bail. Dans la première option, ils sont tenus de porter leur décision

[54] Tribunal de première instance de Lomé, jugement n°00 56/2014 du 19 mars 2014, inédit.

[55] TRHC Dakar, jugement n°1712 du 25 octobre 200, disponible sur *Ohadata J-05-60*. En effet, dans cette affaire, le tribunal accorde une indemnité d'éviction au demandeur, en l'espèce, un garagiste, parce que la nouvelle construction est incompatible avec son activité initiale. En revanche, le preneur ne peut prétendre à acune indemnité s'il ne démontre pas que les travaux envisagés par le bailleur ont une destination différente, voy. CA Dakar n°186/2005 du 18 février 2005, disponible sur *Ohadata J-06-186*, note B. DIALLO

[56] P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, *Droit des biens*, *op. cit.*, n°181, p. 148 ; F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 127, pp. 136 et 137.

[57] AUDCG, art. 110.

[58] AUDCG, art. 123 qui inclut l'art 111 parmi les dispositions d'ordre public.

[59] AUDCG, art. 111.

à la connaissance du bailleur par signification d'huissier de justice ou une notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective, dans un délai de trois mois à compter du décès du de cujus. Les conflits susceptibles de s'élever sur l'existence de plusieurs demandeurs sont réglés par la juridiction compétente, statuant à bref délai, saisie par le bailleur pour voir désigner le successeur. L'absence de demande ne permet pas le maintien dans les lieux en dehors de la volonté du bailleur ; toute décision contraire étant susceptible d'être qualifiée de voie de fait[60]. Lorsque le bailleur reçoit la demande de transmission du bail des héritiers, celui-ci dispose d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Cela apparait comme l'une des rares hypothèses où le législateur reconnait au propriétaire le droit de mettre fin au contrat de bail sans motifs légitimes et sérieux et en exonération du paiement d'une quelconque indemnité ; toute chose qui conforte son droit de propriété[61].

La seconde option, c'est-à-dire lorsque les héritiers ne veulent pas poursuivre le bail, ils pourront simplement garder le silence en attendant l'échéance du délai prévu. En tout état de cause, l'AUDCG prévoit la résiliation du bail, en l'absence de toute demande, dans le délai de trois mois suivant le décès du preneur. Bien que propriétaire investi du droit de disposer de la chose, l'accomplissement de certains actes juridiques et matériels par le bailleur demeure soumis à une limitation, tout comme lorsqu'il entend exercer son droit de reprise.

2. La sévère restriction du droit de reprise

Le bailleur est susceptible d'être un mandataire légal ou un représentant du propriétaire, tout comme il pourrait être détenteur de droits réels sur les locaux[62]. Dans cette dernière hypothèse, en sa qualité de propriétaire, il devrait pouvoir retrouver sans contraintes particulières la possession du bien, objet de la location. Le bail confère simplement au preneur la jouissance des lieux loués pendant un certain temps à charge de les restituer au bailleur à la fin du contrat[63]. Un tel contrat n'entraine pas, en principe, constitution de droits réels au profit du preneur. Dans cette optique, les attributs de la propriété, constitués, suivant un auteur, d'un « faisceau de droits d'usage, de jouissance et de disposition »[64]restent normalement indemnes. Pourtant, le législateur OHADA semble « dresser consciencieusement l'acte de décès du droit de propriété, ou plus exactement de la théorie classique du droit de propriété »[65] à un double titre.

Premièrement, à l'instar du droit de disposer, celui de reprise, appréhendé comme la faculté accordée par la loi au bailleur de recouvrer la jouissance de son bien sans être assujetti au paiement de l'indemnité d'éviction[66], ne s'exerce pas sans restriction. La liberté de reprendre la jouissance des lieux par le bailleur ne concerne qu'une catégorie d'immeubles, à savoir, les locaux d'habitation accessoires aux locaux principaux[67]. Ceux-ci visent les locaux dont l'usage n'est pas indispensable au preneur. Une fois l'identification des immeubles susceptibles d'être repris faite, leur jouissance est exclusivement réservée à des personnes préalablement définies, le bailleur et sa famille, c'est-à-dire son conjoint ou ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint,

---

[60] B. TOGORA, « Sort du bail à usage professionnel en OHADA au décès du preneur », *Ohadata D-13-18*, p.

[61] H. MOUTOUH, « Le propriétaire et son double », *op. cit*., n°5

[62] AUDCG, art. 103.

[63] J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les contrats principaux*, *op. cit*., n°207, p. 612 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil. Droit des contrats spéciaux*, *op. cit*., n°476, p. 417.

[64] W. DROSS, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *op. cit.,* p. 31.

[65] H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *op. cit*., p. 283

[66] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 609, voy. définition 1, alinéa 3.

[67] AUDCG, art. 128.

sans limitation de degré. Lorsque le bailleur est une personne morale, la question de l'identification des bénéficiaires du droit de reprise n'est pas toujours aisée. Il pourrait s'agir du représentant de la personne morale et sa famille. En cas de contestation de la position des bénéficiaires, il reviendra au juge de trancher, saisi par la partie la plus diligente.

Deuxièmement, le preneur peut s'opposer à la reprise s'il établit que la privation de la jouissance des locaux d'habitation accessoires aux locaux principaux est source de trouble grave à la jouissance du bail ou dans les locaux principaux, ou lorsque les locaux principaux et les locaux d'habitation forment un tout indivisible. Il s'en déduit que le bailleur perd tout pouvoir de reprendre les lieux loués, du moins s'il entend s'exonérer du paiement de l'indemnité d'éviction, lorsque cette reprise porte atteinte à l'exploitation de l'activité du preneur. L'AUDCG interdit au propriétaire d'immeuble d'entrer en jouissance de son bien, même pour son logement et celui de sa famille, dès lors que cela est source de préjudice grave à l'activité du locataire. Le maintien de l'activité semble prévaloir sur toute autre considération, aussi fondée soit-elle. Comme le soulignent des auteurs, « la reprise pour habiter sans indemnité prévue par ce texte ne concerne que des locaux à usage d'habitation non indispensables »[68].

Cette position qui confère un droit de véto au preneur ne parait pas toujours acceptable. D'une part, elle est révélatrice d'un excès de protectionnisme accordé au preneur par rapport au bailleur, lorsqu'il fait face à des difficultés de relogement découlant de situations exceptionnelles. Il ne peut jamais retrouver son propre immeuble pour son logement et est tenu de composer avec le locataire. D'autre part, le risque de décourager l'investissement immobilier parait réel, en ce sens que si certains propriétaires terriens ne refusent pas simplement de construire, d'autres bailleurs potentiels pourraient laisser vacants leurs immeubles afin d'échapper au diktat du preneur. Pourtant, la rareté des immeubles entraine une augmentation du loyer, qui n'est pas toujours dans l'intérêt des locataires. Pour concilier les droits du preneur avec celui du propriétaire, il eut été souhaitable que le législateur reconnaisse au second un droit de reprise, dès lors qu'il se retrouve confronté à des difficultés réelles de logement, tant pour lui que les membres de sa famille. S'il est admis, certes, que le bailleur puisse reprendre son immeuble, s'il le désire vraiment sans avoir à se justifier en payant au preneur une indemnité d'éviction, cependant le caractère exorbitant de cette dernière ne plaide pas toujours en faveur de l'exercice de cette faculté.

Au total, le déséquilibre des droits des parties au contrat est bien une réalité dans le domaine des baux à usage professionnel, cela à travers une concentration des pouvoirs entre les mains du preneur et une restriction drastique des droits du bailleur. En vue d'assurer le maintien de son activité, il est reconnu au preneur une propriété professionnelle par laquelle il dispose d'un droit illimité au renouvellement du bail arrivé à expiration, et, à défaut, une indemnité d'éviction. Ce droit est impératif. Aussi est-il libre de transmettre le bail à un tiers. Cette transmission s'impose au bailleur dès lors qu'elle s'effectue avec l'ensemble des activités permettant l'exploitation du fonds de commerce. Les pouvoirs du bailleur sont également réduits. Il ne peut accomplir librement des actes matériels et juridiques de disposition inhérents au droit de propriété. Dans le même sens, son droit de reprise, caractérisé par la faculté de reprendre la jouissance des lieux donnés en location sans indemnité, ne s'exerce que dans quelques cas résiduels. Cette concentration des pouvoirs étant source récurrente de conflit devant les juridictions, il paraît souhaitable de procéder à un rééquilibrage des prérogatives des parties prenantes.

II. Un contentieux traitable par un rééquilibrage des droits des parties en

[68] A. P. SANTOS et K. M. AGBENOTO, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », *op. cit.*, p. 129.

présence

Rééquilibrer les droits des parties, dans un contexte juridique, fait référence à la nécessité de réassurer une répartition équitable des droits et des obligations entre les différentes parties impliquées dans une procédure, qu'elle soit pénale, civile ou autre. En d'autres termes, il s'agit d'éviter qu'une partie ne soit avantagée ou lésée de manière disproportionnée par rapport aux autres, garantissant ainsi une justice équitable. En effet, en matière de bail à usage professionnel, la préservation de l'activité du preneur aboutit de façon inacceptable à la remise en cause partielle ou totale du droit de propriété du bailleur sur l'immeuble donné en location. Une remise en balance à son profit s'impose et s'opère par la limitation de la propriété professionnelle (A) et sa réhabilitation dans son droit de propriété (B).

A. La limitation de la propriété professionnelle

Dès lors que le preneur fait la demande, son droit au renouvellement oblige le bailleur à le lui accorder, s'il veut éviter le règlement de l'indemnité d'éviction dont le montant peut être astronomique. Il est cependant prévu des cas exceptionnels de reprise en exonération de l'indemnité d'éviction. Au regard de ces contraintes, il paraît souhaitable de limiter dans le temps le droit au renouvellement du bail du preneur (1) et de plafonner l'indemnité d'éviction (2).

1. Une limitation temporelle souhaitable du droit au renouvellement du bail

La propriété professionnelle du preneur s'exerce, en principe, en permanence tant qu'il se soumet aux conditions légales requises[69]. Cette faculté de jouissance sans cesse dans les lieux loués n'a pas laissé indifférent B. HESS-FALLON et alii, qui affirment que « tout se passe comme si le bail était illimité »[70], et qu'on assiste à « une véritable transformation de la nature du droit du preneur : son droit ne s'exerce plus seulement à l'encontre du bailleur, mais directement sur les lieux loués »[71]. La protection du locataire professionnel par l'institution d'un droit impératif au renouvellement du bail fait l'objet de critiques actuellement en ce qu'elle serait un « frein à l'expansion économique »[72] en général et à la promotion immobilière en particulier. En effet, le bail joue un rôle économique majeur en procurant au locataire un local où il attire et conserve de la clientèle et au bailleur un loyer. En conférant au premier un droit de se maintenir aussi longtemps que possible dans les lieux loués, le second, craignant d'avoir à supporter des frais exorbitants ou à devoir articuler certains motifs pour retrouver paisiblement sa propriété à l'expiration du contrat de bail, pourrait ne pas faire de la construction immobilière sa priorité[73].

En outre, le droit indéfini au renouvellement porte sans conteste atteinte au droit de propriété qui confère, habituellement à son titulaire l'usage, la jouissance et la libre disposition de la chose[74]. Le bail, en général simple acte d'administration, se métamorphose en acte de disposition, avec la reconnaissance d'un droit de se maintenir sans limite à une partie. Deux droits de propriété entrent en conflit : « droits de propriété professionnelle » du locataire et « droit de propriété du bailleur. » Le

---

[69] Supra, n° 1.

[70] B. HESS-FALLON et A. M. SIMON, *Droit des affaires*, 19ème éd., Dalloz-Sirey, 2012, p. 480. Cité par L. YUMBA MPOMBO, « Le bail professionnel en droit OHADA : un régime de protection à sens unique ? », disponible sur *OHADATA D-21-8*, p. 9.

[71] L. YUMBA MPOMBO, « Le bail professionnel en droit OHADA : un régime de protection à sens unique ? », disponible sur *OHADATA D-21-8*, p. 9, citant P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12ème éd., LexisNexis, 2012, p. 760.

[72] P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil. Droit des contrats spéciaux*, 12ème éd., LGDJ, 2022, n°431, p. 370 ; M. CLARET, « La propriété commerciale dans la CEE », *Administrer* 1985, p. 25.

[73] M. CLARET, « La propriété commerciale dans la CEE », *Administrer* 1985, p. 25.

[74] F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 127, pp. 136 et 137 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, n°261, p. 282 ; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, *Droit des biens*, 10ème éd., LGDJ, n° 180, p. 147.

second l'emporte. Même si en droit comparé, certains propriétaires ont tenté sans succès d'obtenir de la jurisprudence qu'elle déclare contraire au droit de propriété la propriété professionnelle, il n'en demeure pas moins qu'avec la possibilité d'obtenir continuellement le renouvellement, les prérogatives du titulaire sur la chose s'en trouvent considérablement réduites[75].

Au demeurant, la propriété commerciale est l'apanage du droit français tel qu'issu du décret n°53-960 du 30 septembre 1953, intégré aujourd'hui au Code de commerce[76] dont s'est inspiré le législateur OHADA à travers l'AUDCG. À l'inverse, dans certains systèmes juridiques d'autres pays européens, le droit au renouvellement du preneur connait des restrictions. Il est parfois même méconnu[77]. À titre d'exemple, en Belgique où les baux commerciaux sont régis par une loi du 30 avril 1951, le nombre de renouvellement est plafonné à trois. Ce qui limite à trente-six ans la durée susceptible d'être imposée au bailleur[78]. Dans le même sens, en Angleterre[79] et au Pays de Galles[80], il existe une protection accrue des titulaires des baux commerciaux. Ainsi, le renouvellement y est automatique, sauf s'il est dénoncé. En pareil cas, un dédommagement du preneur est prévu mais n'est pas toujours intégral.

Au regard de ces arguments non moins pertinents, il parait souhaitable que le droit au renouvellement, à défaut d'être soumis intégralement à la liberté contractuelle, soit limité dans le temps, d'autant plus qu'il n'est pas universel. Cette limitation pourrait consister à reconnaitre au preneur une période minimale pendant laquelle la propriété commerciale lui est acquise de plein droit. Au-delà, les parties restent libres d'aménager le bail comme elles l'entendent. Une telle solution a un avantage certain. Du côté du preneur, l'obligation faite au bailleur de lui assurer une période minimale d'exploitation fait que la poursuite du bail n'est pas automatiquement interrompue mais soumise à la volonté des parties après cette échéance. La préservation de l'activité qui justifie la propriété commerciale s'en trouve maintenue. Du côté du bailleur, outre le fait de booster l'économie, la limitation est susceptible d'inciter à la promotion immobilière. Suivant la loi de l'offre et de la demande, plus l'offre immobilière est importante, moins seront couteux les loyers[81] ; cela non seulement dans l'intérêt des bailleurs mais aussi et surtout des locataires. L'admission de cette solution n'est pas sans influence sur l'indemnité d'éviction dont le montant serait plafonné.

2. Un plafonnement souhaitable de l'indemnité d'éviction

Le refus de renouveler le bail entraine le paiement de l'indemnité d'éviction, représentant, outre la valeur des éléments incorporels du fonds, les frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que les frais et droits de mutation à payer pour

---

[75] Cass. 3e civ., 27 février 1991, *Bull. civ.*, n° 67. Dans cette affaire, le requérant contestait la conformité du décret du 30 septembre 1953, aujourd'hui l'article L. 145-1 du C. com, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation se prononce en sens contraire, en estimant que le décret querellé permet de *« réaliser un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »*.

[76] C. com., art. L. 145-8 et L. 145-14.

[77] C'est le cas notamment en Allemagne et en Suisse, en ce voy. O. JACQUES, « La propriété commerciale et l'Europe », disponible sur https://www.persee.fr/doc/drevi_0396-4841_1992_num_33_1_1601, p. 167, p. 31 ; F. KENDERIAN et C. BOURGEOIS, « Le statut français des baux commerciaux face à la problématique européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 275.

[78] I. DURANT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge », in N. VERHEYDEN-JEANMART (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - comparaisons franco-belges*, université catholique de Louvain, LGDJ, 1996, p. 181 et s., spéc. p. 196, n° 30 et s.

[79] Pour plus de détails sur le droit anglais, voy. S. BRIGHT, « The Limits of Contractual Freedom in English Commercial Leases », disponible sur http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1783754, p. 21, consulté le 2 juillet 2025.

[80] Aujourd'hui, c'est le *Landlord and Tenant Act* de 1954 qui régit les baux commerciaux en Angleterre et au Pays de Galle, voy. O. JACQUES, « La propriété commerciale et l'Europe », *op. cit.*, p. 167.

[81] J. SALINGUE, « Le logement intergénérationnel : offre et demande potentielle », disponible sur https://shs.cairn.info/revue-retraite-et-societe1-2012-1-page-155?lang=fr, consulté le 4 juillet 2025.

l'achat d'un fonds de même valeur. Cependant, le bailleur ou le propriétaire peut obtenir la réduction de l'indemnité, en faisant la preuve que le préjudice réel du locataire est inférieur, notamment lorsqu'il a trouvé une nouvelle boutique à proximité[82].

Le règlement de l'indemnité d'éviction est ainsi soumis au sacro-saint principe de la réparation intégrale. Ce principe postule que la réparation du préjudice doit correspondre au dommage effectivement subi par la victime sans qu'il ne résulte pour elle ni enrichissement ni appauvrissement. Au Burkina Faso, il est consacré pour la première fois en 1969 par la chambre judiciaire de la Cour suprême de cet État, anciennement Haute-Volta[83]. Il est confirmé quatre ans plus tard par la même chambre[84]. Également nommé principe de l'« équivalence entre le dommage et la réparation »[85] ou encore de « l'équivalence quantitative »[86], il sous-tend aussi la réparation en droit commercial[87]. Toutefois, le droit au renouvellement du bail n'étant plus infini, il va sans dire que l'indemnité d'éviction n'est plus intégrale. En effet, dans les lignes précédentes, il ressort l'institution, désormais, d'une période légale de renouvellement. Le préjudice susceptible d'être subi par la victime en cas de refus de renouvellement se cantonne dorénavant à une période obligatoire. Elle pourrait s'étendre à la période de renouvellement facultative, à savoir celle pour laquelle les parties en toute liberté vont décider de poursuivre leur bail. Il s'agit de la consécration d'un principe de réparation plafonnée à la période de renouvellement obligatoire pour les deux parties. Cependant, le non-respect de la durée minimale reconnue au preneur entraine pour le bailleur la mise en jeu de sa responsabilité, avec comme conséquence une réparation intégrale. Cette réparation couvre, outre le manque à gagner pendant la période de jouissance restante et celui éventuellement à subir, si le contrat devait se poursuivre au-delà du terme.

Cette solution contribuerait à une remise en balance véritable des droits des parties. D'un côté, le bailleur retrouve, après un certain temps, la plénitude des prérogatives détenues sur l'immeuble sans être contraint au paiement de l'indemnité d'éviction ou encore sans avoir à fonder son refus de renouvellement sur des motifs limitativement énumérés par le législateur. De l'autre côté, la sauvegarde de l'activité du preneur n'est pas moins assurée étant donné qu'il a la certitude que pendant un certain temps, il ne sera pas troublé dans la jouissance des lieux loués. Si tel était le cas, il bénéficie de la réparation intégrale de son préjudice au travers du paiement de l'indemnité d'éviction.

Contrairement au droit français et des États membres de l'OHADA, le paiement de

---

[82] RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial. T. 1 Acte de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, 17ème éd., LGDJ, 2018, n°462, p. 333 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 30ème éd., Lefevre Dalloz, 2024, n°264, p. 131.

[83] Cour suprême, ch. judic. 14 nov.1969, inédit. Dans cet arrêt, la Cour énonce que *« l'on doit rétablir l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans la situation où elle serait demeurée sans l'acte dommageable et que le principe de la réparation intégrale des conséquences dommageables veut que le préjudice soit entièrement réparé mais non dépassé »*. Ce principe est également en vigueur en droit comparé. Par exemple, en France, voy. arrêt initial : Cass. 2e civ., 28 oct. 1954, *JCP*, 1955, II, 8765 et les nombreux autres arrêts qui reprennent ce principe, dont notamment, Cass. 2ème civ., 9 juillet 1981, *Bull. civ*., II, n°156 ;7 déc. 1978, *Bull. ci*., II, n°269 ; Cass. crim., 12 av. 1994, *Bull. crim*., n°146 ; Cass. 1re civ., 30 mai 1995, *JCP*, 1995 ; Cass. crim., 4 mars 2014, n°13-80472, *Resp. civ. et ass.* juin 2014, com. 688. En Belgique, voy. Cass., 2 mai 1974, *Pas*., 1974, I, 906 ; Cass., 17 septembre 1966, *Pas*., I, 166, I, 73 ; Cass., 13 avril 1995, *Pas*., 1995, I, p. 423 ; Cass., 23 décembre 1992, *Pas*., 1992, I, p. 1406.

[84] Cour suprême, ch. judic.,14 déc.1973, inédit.

[85] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, 2017, p. 153.

[86] M. E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation, op.cit*. p. 297.

[87] Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n°002 du 18 janvier 2008, disponible sur https://juricaf.org/arret/BURKINAFASO-COURDAPPELDEOUAGADOUGOU-20080118-002, consulté le 19 mai 2025. Dans cette affaire le juge d'appel reconsidère le montant de l'indemnité d'éviction alloué au preneur, estimant qu'il *« parait plus équitable de prendre en compte l'estimation du préjudice faite sur la base d'une fourchette de valeur fonction de la première hypothèse et allouer à la SODIPAL la somme de 13.700.899 F CFA au titre de l'indemnité d'éviction »,* au lieu de 34.403.165 *F CFA.*

l'indemnité d'éviction n'est pas toujours automatique dans d'autres législations, en cas de non-renouvellement du bail, ou du moins est soumis à des règles plus souples. C'est l'exemple du droit belge[88]. Selon la législation belge, le droit au renouvellement est limité à trente-six ans, c'est-à-dire la durée susceptible d'être imposée au bailleur. En cas de refus, celui-ci n'est tenu de verser au locataire qu'un à trois ans de loyers à titre de dédommagement. En outre, en Suède, le bailleur a la possibilité d'éviter le versement d'une indemnité d'éviction en offrant au preneur le renouvellement du bail à prix raisonnable[89]. Enfin, en Espagne, par une loi de 1994, le législateur s'est même dessaisi de toute règlementation en matière de droit au renouvellement et d'indemnité d'éviction, laissant une large place à l'autonomie de la volonté. Les parties ont donc la possibilité de moduler l'étendue de la réparation en cas de non-renouvellement du bail[90]. L'une ou l'autre mesure contribue sans doute à une meilleure réhabilitation du bailleur.

B. La réhabilitation du bailleur dans son droit de propriété

Des précédents développements, il en découle une insuffisante préservation des droits du bailleur en tant que propriétaire. S'agissant spécifiquement de la cession du bail et de la faculté de reprise des locaux, tandis que l'une s'impose au bailleur lorsqu'elle s'accompagne de la totalité des éléments permettant d'exploiter le fonds, l'autre s'exerce dans des cas résiduels. Dans la nouvelle dynamique de concilier la nécessaire poursuite de l'activité du preneur avec l'indispensable protection du bailleur investi de ses prérogatives de propriétaire des lieux loués, une nouvelle approche législative milite en faveur d'une libre cession du bail (1) et d'une extension du droit de reprise du bailleur (2).

1. Une libre cession du bail par les parties

La cession du bail faite avec l'ensemble des éléments permettant l'exploitation du fonds de commerce s'impose au bailleur, conformément à l'article 118, alinéa 1er, de l'AUDCG qui prescrit que « si le preneur cède le bail et la totalité des éléments permettant l'activité dans les lieux loués, la cession s'impose au bailleur ». Cette cession est automatique. En revanche, elle est soumise à l'accord de la volonté du bailleur lorsqu'elle est isolée ou s'accompagne de quelques éléments permettant l'exploitation de l'activité. Une libre cession du bail par les parties au contrat impliquant cette faculté laissée au bailleur et au preneur de décider de la transmission ou non du bail parait parfaitement admissible sans mettre en péril la poursuite de l'activité du preneur, fondement essentiel de la cession automatique. Cela s'explique par une triple raison.

En premier lieu, de l'analyse, il se révèle que cette obligation faite au bailleur de céder le bail si elle implique l'activité n'est qu'apparente. En effet, le bailleur ne subit pas totalement la cession lorsqu'elle est dite de plein droit en ce qu'il conserve la possibilité de s'y opposer. En d'autres termes, il peut refuser la substitution du preneur par un tiers, en invoquant des motifs légitimes et sérieux. Soumis au contrôle du juge, les motifs du refus tiennent généralement au comportement fautif du cédant dans l'exécution du bail, dont notamment le non-paiement du loyer. Mais d'autres raisons, qui n'ont pas toujours de liens avec le bail, sont aussi parfois admises, par la jurisprudence étrangère, pour fonder valablement le refus du bailleur. Il en va ainsi de l'attitude injurieuse du locataire ou de la violence physique exercée sur le bailleur[91]. Le

---

[88] Voy. en ce sens, O. JACQUES. « La propriété commerciale et l'Europe », *op. cit.*, p. 31 ; I. DURANT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge », *op. cit.*, p. 196, n° 30 et s.

[89] F. KENDERIAN et C. BOURGEOIS, « Le statut français des baux commerciaux face à la problématique européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 287.

[90] Ibid.

[91] Voy par exemple, en droit français, Cass. civ. 11 juin 1997, *JCP E* 1997.

droit d'opposition du bailleur à la cession lui reste acquis, même si son exercice ne peut être motivé que pour des raisons valables dont l'appréciation relève du pouvoir souverain du juge.

En second lieu et sans que le bailleur n'ait à motiver son opposition, les parties peuvent toujours éluder l'imposition de la cession au bailleur par le preneur si elle embrasse l'activité, sur le fondement des dispositions de l'article 134 de l'AUDCG. En effet, le législateur OHADA prévoit une liste de dispositions impératives[92]. À l'inverse, toutes les autres dispositions étant supplétives, les parties peuvent y déroger. L'article 118, alinéa 1er de l'AUDCG, relève de cette dernière catégorie. Ainsi, les parties peuvent soumettre valablement à la liberté contractuelle tout le régime de la cession du bail.

En dernier lieu, dans le silence du législateur communautaire, rien ne fait obstacle à ce que les parties insèrent des clauses d'agrément et des clauses d'incessibilité dans le contrat de bail. L'une ou l'autre tend à prémunir le bailleur contre les changements de position. Les premières sont celles par lesquelles le bailleur subordonne la transmission du bail à son agrément. Leur présence induit l'intuitu personae dans la cession. L'AUDCG n'ayant pas réglé la question de leur validité, il n'est pas interdit aux parties d'y recourir. Leur finalité est de mettre à l'abri le bailleur contre les changements de preneurs qui ne rempliraient pas les conditions du bail. Ces clauses sont valables. Cependant, elles doivent apparaitre clairement dans le contrat et être connues par celle à qui on l'oppose. À défaut, elles devraient être réputées non écrites. En droit comparé, si le principe de la validité des clauses d'agrément n'est pas contesté depuis un arrêt de principe de la Cour de cassation française[93], cette juridiction se réserve néanmoins de contrôler les motifs du refus du bailleur. S'ils ne sont pas légitimes, elle autorise le cédant à passer outre l'opposition[94].

Quant aux secondes, c'est-à-dire les clauses d'incessibilité, elles prohibent purement et simplement la transmission du bail à un tiers. Le silence du législateur incline à admettre leur validité. Dans cette optique, les clauses d'intransmissibilité autorisent les parties à interdire la cession du bail, qu'elle inclue ou non l'activité. Ainsi, la cession du bail ne semble pas automatique et est soumise à la liberté contractuelle, même lorsqu'elle comprend l'ensemble des éléments permettant l'exploitation du fonds de commerce.

2. Un droit de reprise du bail à étendre

Le législateur de l'espace des États membres de l'OHADA confine à quelques hypothèses le droit de reprise du bailleur[95]. Ceci implique, en application d'un principe général de droit suivant lequel il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas, qu'en dehors des cas expressément prévus, toute reprise par le bailleur est condamnable et est susceptible de l'exposer au paiement de l'indemnité d'éviction. Cette restriction, pour mémoire, répond à l'ultime finalité de préservation des affaires et des échanges en général et de pérennisation de l'activité du preneur en particulier[96]. Toutefois, d'autres motifs, non moins fondés, pourraient justifier valablement un droit pour le bailleur de retrouver, sans frais, la jouissance effective des locaux ou de l'immeuble donné en location, dans au moins deux situations.

Confronté à un événement revêtu des caractères d'extériorité, d'imprévisibilité et

[92] Ces dispositions sont prévues à l'article 134, de l'AUDCG.

[93] Cass. (fr.) req. 16 novembre 1927, *DP* 1928, I, 61.

[94] Cass. 3e civ., 18 octobre 1989, *Loyers et copr.* n°538.

[95] AUDCG, art. 27.

[96] M. C. SANOU, « La transmission du bail professionnel en droit OHADA », *op. cit.*, n° 6, p. 4.

d'irrésistibilité[97], dont il en subit de plein fouet les conséquences, il parait admissible que le bailleur exerce son droit de reprise sur les locaux. En effet, il est constamment reconnu à la force majeure son caractère exonératoire de la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle. Comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou selon lequel l'événement considéré « doit être une cause étrangère, imprévisible, irrésistible »[98]. L'obligation du bailleur de garantir au preneur une jouissance paisible des lieux ne s'exécute qu'en situation normale. Dès lors qu'il fait personnellement face à une situation exceptionnelle, indépendante de sa volonté, l'inexécution de cette obligation ne parait pas fautive. Cela va se traduire par une privation du preneur de la jouissance des locaux sans qu'il ne prétende à une indemnisation quelconque. La reprise parait alors justifiée. Plus concrètement, par exemple au Burkina Faso, au Mali et au Niger, tous membres de l'OHADA, le contexte actuel est fortement marqué par une crise sécuritaire sans précédent, avec son corollaire de déplacement massif des populations des zones à fort déficit sécuritaire généralement vers les centres urbains plus sécures. En pareille occurrence, un bailleur-propriétaire dont l'unique immeuble est situé en ville et fait l'objet d'un contrat de bail a moins de choix que de le reprendre immédiatement pour y habiter ou loger les membres de sa famille. Mais l'événement qualifié de force majeure étant soumis à l'appréciation du juge, permet d'éviter les abus.

La reprise par le bailleur paraît également se fonder lorsqu'elle est faite à des fins d'exploitation commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle, au moins en faveur du propriétaire, de son conjoint ou de leurs descendants ou des conjoints de ceux-ci. Ce dernier cas de reprise, à l'origine prévu en droit français, a été éludé à la suite de la pression des organisations professionnelles de commerçants[99]. Le législateur OHADA, s'inspirant de celui de son homologue français, a entériné cette suppression aussi bien dans l'ancien que dans l'Acte uniforme révisé, qui paraît regrettable. Cette suppression empêche en effet la création et le développement de petites affaires familiales, d'autant plus qu'elle oblige les promoteurs potentiels à débourser des frais de location alors qu'ils possèdent déjà des locaux adaptés[100]. Dans un contexte africain en général et burkinabè en particulier, marqué par un fort taux de chômage[101], l'entrepreneuriat familial s'impose parfois comme une solution alternative aux jeunes diplômés, dans l'espoir, pour les plus chanceux, de décrocher un concours à la fonction publique, et pour les autres, de compter sur le secteur privé dont le recrutement est fondé parfois plus sur l'affinité que sur la compétence. Il eut été souhaitable de maintenir en l'état cette hypothèse de reprise.

Au total, la limitation de la propriété professionnelle et la réhabilitation du bailleur dans son droit de propriété s'imposent comme des remèdes susceptibles de vider le contentieux découlant du déséquilibre des droits des parties. Dans la première situation, elle se traduit par l'institution d'une période obligatoire de renouvellement du bail et le plafonnement de l'indemnité d'éviction. Quant à la seconde situation, elle procède non seulement de la reconnaissance d'une libre cession du bail aux parties même lorsqu'elle s'opère avec l'ensemble des activités permettant l'exploitation du fonds de commerce, mais aussi d'une extension des possibilités de reprise du bail, jusque-là cantonnées à quelques cas par l'AUDCG.

---

[97] W. D. KABRE, *Théorie générale des obligations*. *Droit burkinabè et comparé*, *op. cit.*, p. 189 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 20ème éd., LGDJ, 2023, n°352, p. 310 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°749, p. 810.

[98] CA Ouagadougou, 21 février 1992, *Revue burkinabè de droit*, n°27, janvier 1995, pp. 98-101.

[99] M. PEDAMON et H. KENFACK, *Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, *op. cit.*, n° 397, p. 397 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, n°233, p. 105.

[100] A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *OHADA. Droit commercial général*, *op. cit.*, n°312, p. 193 et 194 ; S. TOE, *Droit OHADA des affaires. Droit commercial général et droit des sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 156.

[101] Au Burkina Faso, le taux de chômage est estimé à 5,3%. *Cf.* Institut National de la Statistique et de la Démographie, *Note synthétique de l'Enquête Nationale de Base sur l'Emploi et le Secteur Informel*, janvier 2023, p. 17.

Conclusion

D'une importance indéniable en ce qu'il confère au preneur un local, essentiel pour son activité, et au bailleur un revenu, le bail professionnel alimente néanmoins un contentieux nourri. Au terme de l'analyse, ce contentieux se caractérise par un déséquilibre criard des droits des parties en présence, dont le traitement passe nécessairement par un rééquilibrage de leurs prérogatives respectives.

Concernant le déséquilibre, il s'illustre doublement. D'une part, le législateur OHADA consacre des prérogatives exorbitantes de droit commun au profit du preneur, à travers la propriété professionnelle par laquelle il lui est impérativement acquis le droit d'obtenir le renouvellement du bail, lorsque celui-ci prend fin, à défaut, une indemnité d'éviction ; droit qu'il exerce sans limite. Il dispose également d'une faculté d'imposer au bailleur la cession du bail, à savoir sa transmission à un tiers lorsqu'elle s'accompagne de l'ensemble des éléments qu'exige l'exploitation du fonds de commerce.

D'autre part, la restriction sévère des droits de propriété du bailleur constitue sans conteste un point d'achoppement dans les rapports entre les parties au bail. En effet, si traditionnellement le droit de propriété confère à son titulaire l'usus, le fructus et l'abusus, le bailleur est quasiment dépouillé de son droit de disposition sur la chose en ce qu'il ne peut accomplir certains actes matériels et juridiques de disposition sur les locaux ou l'immeuble donnés en location. Dans le même ordre d'idées, le droit de disposer, par lequel tout propriétaire recouvre dans certains cas la jouissance de son immeuble en exonération du règlement de l'indemnité d'éviction, est presque inexistant. En effet, dans les rares cas où cela est admis, ce droit s'exerce au profit de personnes préalablement identifiées, en l'occurrence le bailleur et sa famille. Mais le preneur a toujours, en tous les cas, le pouvoir de faire obstacle à la jouissance, notamment lorsque cela entraine pour lui un préjudice grave ou encore si les locaux accessoires et ceux d'habitation forment un tout indivisible. C'est une prérogative inédite dont dispose le locataire contre un propriétaire pour bloquer le droit de reprise sur les lieux ou locaux loués, sauf paiement par le second au premier de l'indemnité d'éviction dont le montant n'est pas fonction du loyer perçu mais de la valeur marchande du fonds.

Un rééquilibrage des droits des parties s'avère nécessaire, pour juguler le contentieux qu'occasionne cette concurrence des droits. Cela passe par une limitation temporelle de la propriété professionnelle et une réhabilitation du droit de propriété du bailleur. La propriété professionnelle s'exerçant indéfiniment contre le bailleur tant que le bénéficiaire satisfait aux conditions de sa jouissance, il parait souhaitable de limiter son exercice à une période légalement déterminée, à l'issue de laquelle les parties retrouvent leur liberté contractuelle. Outre l'expansion économique, cette solution pourrait inciter la construction immobilière qui, à terme, devrait entrainer la baisse des loyers dans l'intérêt des locataires. Et puisque la propriété immobilière n'est plus illimitée, l'indemnité d'éviction est aussi limitée à cette même période pendant laquelle le renouvellement est acquis au preneur.

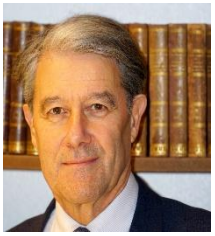
Quant à la réhabilitation à proprement parler du bailleur, elle pourrait se faire par l'institution d'une libre transmission en lieu et place d'une cession forcée qui, à l'analyse, n'est que d'apparence, mais plutôt conforme à l'autonomie de la volonté des parties. L'extension au profit du bailleur de son droit de reprise, droit jusque-là réduit à quelques hypothèses, parait participer également des mesures de rétablissement du bailleur dans son droit de propriété. Une telle extension qui ne porte pas nécessairement atteinte à la poursuite de l'activité du preneur, finalité première de la règlementation du bail professionnel, parait exceptionnelle et intervient notamment en présence d'un événement ayant le caractère de la force majeure car, à circonstances

exceptionnelles, mesures aussi exceptionnelles.

L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS SUR LE DROIT SÉNÉGALAIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DES CHOSES

Djibi LY
Enseignant-chercheur à l'Institut supérieur des transports du groupe Supdeco

Philippe DELEBECQUE
Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



Résumé : La réflexion sur l'influence du droit français sur le droit sénégalais de la responsabilité civile du fait des choses présente un intérêt capital permettant de bien situer les liens historiques et modernes qui font que le droit français a pu influencer le droit sénégalais durant des siècles. Cette situation renseigne sur la capacité du droit français tout en sachant que les deux pays disposent de réalités socio-culturelles et religieuses différentes. Le débat porté par cet article conduit à susciter des interrogations, surtout en ces temps modernes avec des élans de souveraineté que les États africains colonisés par la France ont commencé à nourrir depuis plusieurs années. Néanmoins, nous admettons qu'aucune rupture sur le droit entre les deux pays n'est déclenchée, car le Sénégal, à travers les arguments évoqués par l'article, continue à s'inspirer du droit français en général, notamment en ce qui concerne le droit de la responsabilité civile.

Introduction : Le droit civil est connu pour régir les rapports des individus dans une société. Ce qui conduit à un éclatement de la matière sur toutes les composantes de la vie humaine. De ce fait, il est établi un régime d'obligation et de responsabilité sur le fait personnel ou sur le fait des choses. Spécifiquement, cette responsabilité du fait des choses est d'une très grande complexité que le droit continue de régir avec des évolutions normatives et jurisprudentielles.

La responsabilité peut être définie comme l'ensemble des règles légales et jurisprudentielles qui ont pour objet de substituer à une attribution matérielle d'un dommage une attribution d'ordre juridique[1]. Précisément, la responsabilité est civile dans la mesure où elle est subdivisée en responsabilité du fait personnel, en responsabilité pour fait d'autrui, en responsabilité des père et mère pour le fait de leurs enfants mineurs, en responsabilité du fait des animaux et enfin en responsabilité du fait des choses (responsabilité du fait des bâtiments, responsabilité du fait des animaux, responsabilité du fait des choses inanimées, responsabilité des produits défectueux, etc.). Cette panoplie de responsabilités du fait des choses existe aussi bien en droit sénégalais qu'en droit français avec le constat que le droit français exerce une influence sur le droit sénégalais du fait des rapports historiques de colonisation et d'inspiration en matière académique et scientifique[2]. L'empreinte du droit français sur le droit

[1] P. FAUCONNET, *Responsabilité, Étude et sociologie*, Librairie Félix Alcan, 1920.

[2] Voir l'article intitulé « La création de la faculté de droit de Dakar » dans l'ouvrage *Le tailleur et ses modèles d'hier à demain, approche juridique et politiques croisés France-Sénégal* : L'indépendance du Sénégal va entraîner, pour l'université de Dakar, une situation paradoxale, régie par un accord de coopération portant sur l'enseignement supérieur, conclu dès le mois de juin 1960 avec la France. Première disposition, formulée dès l'article 1er : le transfert de l'Université de Dakar et des établissements qui en dépendent est prononcé, de sorte qu'ils deviennent des établissements publics relevant du pays qui les abrite, à l'époque la Fédération du Mali. L'article 3 du même accord prévoit que l'université de Dakar et les établissements qui la composent ou en dépendent continuent d'être régis par les dispositions applicables à la date d'entrée du présent accord. Autrement dit, les autorités sénégalaises renoncent à exercer tout

sénégalais est visible sur les aspects du droit public et du droit privé, notamment en droit des obligations[3]. Partant du fait que les deux pays sont dans des réalités sociologiques, culturelles, économiques différentes, une telle influence du droit français constitue notre motivation de les comparer afin de voir ce qui fonde l'influence du droit français sur le droit sénégalais en matière de responsabilité civile du fait des choses. De cette démarche, il est posé une question centrale, à savoir comment le droit français de la responsabilité civile du fait des choses influence-t-il le droit sénégalais dans le même domaine ? Aussi, quelles sont les sources historique et juridique de l'influence du droit de la responsabilité sur le droit sénégalais des obligations ? Face au dynamisme du droit français de la responsabilité du fait des choses, existe-t-il des similitudes d'approche sous l'influence du droit français de la responsabilité du fait des choses par rapport au droit sénégalais ? Est-ce qu'aujourd'hui le Sénégal continue de s'inspirer du droit français en la matière ?

Cette réflexion conduit à affirmer que le dynamisme du droit français sur la responsabilité du fait des choses influence fortement le droit de la responsabilité du fait des choses au Sénégal ; ensuite que le droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses continue de s'inspirer du droit français ; que les deux droits de la responsabilité du fait des choses incarnent des similitudes d'approche sur la détermination du fait des choses et enfin que le diagnostic sur la responsabilité du fait des choses en droit sénégalais renseigne sur une évolution timide de la responsabilité du fait des choses comparée au droit français. Autant dire que le droit français de la responsabilité du fait des choses influence le droit sénégalais, mais force est de constater que cette influence ne manque pas de créer des difficultés dans la transposition du droit français sur le droit sénégalais du fait des différences socio-culturelles, religieuses[4], etc. D'où les observations pertinentes du Président Ali Ciré Ba[5], Qui ne voit cependant la nécessité d'une adaptation, d'une application rendant compte de la différence fondamentale existant entre les structures sociales des peuples français et africains inspirées ici du droit romain et des mœurs chrétiennes et là des coutumes africaines musulmanes et fétichistes. De notre point de vue, les magistrats doivent s'inspirer de l'exemple de courage et de la perspicacité des interprètes du Code napoléonien qui, se trouvant dans la même situation à propos précisément de l'application des articles 1382 à 1386, ont su faire œuvre véritablement exégétique en créant, parfois hors des prévisions du législateur, la riche théorie de la responsabilité civile.

L'intérêt de cette réflexion repose sur le fait qu'aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais, cette responsabilité du fait des choses est une réalité dans la considération

---

de suite leur autorité. Elles préfèrent conserver les textes français régissant l'enseignement supérieur, tant pour ce qui est des personnels que des diplômes. On ne peut imaginer que les responsables politiques de l'époque aient vu dans ce système autre chose qu'une situation très provisoire donnant aux autorités académiques nationales le temps de définir un ambitieux programme de réformes adaptées au pays. En fait, le provisoire va durer près de dix ans, d'autant que cet alignement sur l'ancienne puissance coloniale présente quelques avantages tant pour les personnels qui bénéficient du statut français que pour les étudiants dont les diplômes ont la même valeur qu'en France.

[3] Selon Geneviève PIGNARRE, e Sénégal est imprégné de la tradition juridique française, on connaît l'importance de l'influence de celle-ci ; il a donc l'expérience de la législation codifiée. La partie générale du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) ne fait que reprendre sur de nombreux points les dispositions du Code civil en tenant compte de la jurisprudence qui l'avait dans une large mesure codifiée et complétée. Il importait de substituer aux mécanismes juridiques traditionnels des règles modernes inspirées des institutions européennes. À travers le droit civil français, c'est ainsi toute la construction romaine des obligations qu'a reprise le Sénégal.

[4] Cour d'appel de l'AOF : « Vainement prétendraient-ils invoquer, pour soutenir qu'ils ne sont justiciables que des tribunaux français, l'arrêté local du 5 novembre 1830 qui a promulgué le code civil au Sénégal et la loi du 24 avril 1833 relative au régime politique aux colonies dont les textes combinés n'accordent l'exercice des droits civils et politiques qu'aux seules personnes qui se soumettent aux conditions prescrites par la loi française et non aux musulmans des quatre communes qui ont conservé un statut personnel, incompatible avec l'exercice des droits accordés par le code civil et qui par suite ne peuvent être compris parmi les personnes appelées à bénéficier de la loi de 1833…»

[5] Voir "La législation à la lumière de la pratique": Colloque ASERJ (Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques) tenu à Dakar en mai 1972.

des deux droits et que le droit français couve depuis la colonisation[6]. L'autre intérêt est lié au dynamisme du droit français de la responsabilité du fait des choses, alors que pour le Sénégal on constate une relative évolution qui, de surcroît, s'inspire en grande partie du droit français des obligations en général et de la responsabilité du fait des choses en particulier. Seront développées dans le cadre de cette étude les origines de l'influence du droit français sur le droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses (I), avant que l'on ne s'attarde sur l'effectivité de l'influence du droit français de la responsabilité du fait des choses sur le droit sénégalais (II).

I. Les origines de l'influence du droit français sur le droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses

Le Sénégal a été sous la colonisation de la République française, notamment dans les domaines économiques, religieux, culturels et plus largement sur les règles de droit devant accompagner cette domination. C'est donc une influence historique en droit des obligations et particulièrement en droit de la responsabilité du fait des choses (A) et ceci compte tenu d'un droit français dynamique sur les responsabilités du fait des choses (B).

A. Une influence historique du droit français sur le droit des obligations sénégalais dont la responsabilité du fait des choses est un de ses éléments

L'arrêté du 5 novembre 1830 énonçait que : « Le territoire de la colonie est considéré, dans l'application du droit civil, comme partie intégrante de la métropole. Tout individu né libre et habitant le Sénégal ou ses dépendances jouira dans la colonie des droits accordés par le Code civil aux citoyens français ». Corrélativement, il est constaté l'emprise du droit civil sur le droit sénégalais en tant que colonie devant être soumise aux dispositions du Code civil de 1804 et dont l'arrêté susmentionné a constitué sa promulgation au Sénégal et le Code civil de 1804 a été étendu à toute l'Afrique occidentale française par le décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, au Dahomey, en Côte d'Ivoire. Ces trois colonies, avec le Sénégal, se répartissaient alors tout le territoire de l'AOF[7]. Déjà du diagnostic du Code, on remarque au niveau de son titre I intitulé la distinction des biens qu'il est précisé au niveau du chapitre I que les biens sont soit immeubles ou meubles entrant dans la catégorie des choses objet de droit, d'où l'article 546 de la propriété de la chose de

[6] Voir note de bas de pages 1, Code civil, Titre préliminaire de la publication, des effets et de l'application des lois en général ; « Promulgué au Sénégal par arrêté du gouverneur du 5 novembre 1830, le Code civil de 1804 a été étendu à toute l'Afrique occidentale française par le décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, au Dahomey, en Côte d'Ivoire. Ces trois colonies, avec le Sénégal, se répartissaient alors tout le territoire de l'AOF. Notons que la colonie de la Haute-Volta a été créée par le décret du 1er mars 1919. Notez enfin que, depuis l'indépendance, le code civil a été modifié successivement par : La zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code de personnes et de la famille au Burkina Faso. Son art. 1067 abroge les art. 3 al. 3, 7 à 515, 718 à 1100 et 1357 à 1581 du code civil ; l'acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés. Aux termes de son art. 150 al. 1 « Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent acte uniforme. Celui-ci n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur. Les sûretés consenties ou constituées ou créées antérieurement au présent acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction. » En outre, selon le professeur ISSA-SAYEGH J. de l'Université d'Abidjan, l'acte uniforme portant organisation des sûretés abroge tous les textes antérieurs ayant le même objet que lui, à savoir : le cautionnement ; la lettre de garantie à première demande ; le droit de rétention ; le gage ; le nantissement des titres sociaux, du fonds de commerce ; le privilège du vendeur de fonds de commerce ; le nantissement du matériel professionnel, des véhicules automobiles, des stocks de matières premières et de marchandises ; les hypothèques conventionnelles et les hypothèques forcées ayant les mêmes titulaires et le même objet ; les privilèges généraux et spéciaux ayant les mêmes titulaires et le même objet ; les classements antérieurs des sûretés. Pour plus d'information, v. les commentaires du professeur ISSA-SAYEGH J. concernant l'acte uniforme portant organisation des sûretés in, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, pp. 619 et ss. Cependant, nous n'avons pas abrogé systématiquement toutes les dispositions du code civil ayant le même objet que l'acte uniforme portant organisation des sûretés. V. infra, les dispositions que nous avons jugées utile de maintenir. 2 V. l'ordonnance 75-23 du 6 mai 1975 fixant les règles d'application des lois, ordonnances, décrets et arrêtés ministériels ainsi que des actes administratifs à caractère individuel. 3 L'al. 3 de l'art. 3 a été abrogé expressément par l'art. 1067 de la zatu an VII 13 du 6 novembre 1989 portant institution d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso ».

[7] Voir https://faolex.fao.org/docs/pdf/bkf200993.pdf

préciser que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession ». En effet, le Code civil dont le Sénégal était tenu de s'inspirer a accordé une importance capitale à la notion des choses, notamment par le chapitre I du droit d'acquisition sur ce qui est produit par la chose, précisément des articles 547 à 550. Il s'en est suivi du chapitre I droit d'acquisition sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose, notamment par l'article 551 et 552 section I Du droit d'accession relativement aux choses immobilières et section II du droit d'accession relatives aux choses mobilières (art 555). Globalement, les choses énumérées sont réparties dans les dispositions des articles 546 à 577.

L'influence du droit français a pris de l'ampleur entre 1887 et 1940, époque au cours de laquelle des textes juridiques ont concrétisé l'installation de la justice indigène dans tout le territoire de l'AOF. Cette influence s'est matérialisée par les décrets du 5 septembre et du 22 septembre 1887, le décret du 15 mai 1889 pour le maintien des tribunaux indigènes, le décret du 11 aout 1889 modifié par celui du 10 octobre 1902 pour la création du chef-lieu de la colonie[8]. C'est sous ce rapport qu'il est précisé que « tout en accompagnant l'installation des colonies, il doit garantir l'application du droit, suppléer à la rareté des juges, introduire le droit français et satisfaire au respect des coutumes, favoriser l'implantation des grands principes de justice sans pour autant entamer l'autorité coloniale, ni dépouiller les gouverneurs de leur autorité nécessaire au maintien de l'ordre, éviter l'indépendance judiciaire ou éviter les charges trop lourdes pour le budget, grand écart qui va placer ceux qui doivent rendre la justice entre le suivi de participer à l'ordre colonial et celui de porter l'offre de justice[9] ».

Quant au droit des obligations sénégalais, il est clairement d'inspiration française, comme l'évoque l'avant-propos du Professeur Jean-Pierre Tosi[10] qui estime que « la théorie générale des obligations est en effet définie dans le pays (Sénégal) par un Code des obligations civiles et commerciales, entré en vigueur en 1976. Mais, en pratique, ce sont les règles écrites et jurisprudentielles françaises qui ont été ainsi codifiées. Fondamentalement, les deux droits sont donc les mêmes. Cela explique les références directes et indirectes non systémiques mais fréquentes faites ci-après au droit français. Cela explique que l'on utilise à l'occasion, au moins à titre indicatif, telle construction doctrinale ou jurisprudentielle française, même récente, pour préciser ou limiter la portée de certaines dispositions du Code. Cela explique que la conception même de cet ouvrage soit largement redevable aux traités, manuels, et cours de droit français des obligations ».

La dépendance ou l'influence du droit français sur le droit sénégalais a été très tôt promulguée au Sénégal par arrêté du gouvernement du 05 novembre 1830. Il en est de même du Code français de commerce qui a été promulgué le 7 novembre 1850. Bien que le Sénégal ait accédé à l'indépendance, ces textes sont demeurés notamment grâce à « des dispositions expresses de la constitution de la République du Sénégal de 1959 ». Cette influence s'est même prorogée avec l'avènement de l'indépendance du Sénégal car lorsqu'il s'agissait de travailler sur un nouveau texte de droit des obligations, le comité était composé de juristes sénégalais et français. Cette commission du droit des personnes et du droit des obligations a été instituée par le décret du 12 avril 1961. Et parmi les 15 membres qui composaient la commission, on notait des représentants de nationalité française et de nationalité sénégalaise et avec la participation de l'université de Dakar et de Paris. C'est cette commission qui avait proposé un projet de 256 articles et que la commission de l'Assemblée adopta, d'où la loi de 63-62 du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du Code des obligations civiles et commerciales. C'est ainsi que se sont succédé des codes, notamment celui « de la deuxième partie relative aux

[8] Voir le décret du 3 décembre 1921 (JO AOF) page 125, constitué de texte organique des juridictions de droit local
[9] Voir B Durant « La justice coloniale sous la troisième République ».
[10] J.-P. TOSI, Avant-propos, *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ, nouvelle édition africaine, 1981, pp. 414.

contrats spéciaux par la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966, portant Code des obligations, 2e partie, contrats spéciaux avec 570 articles, qui est entré en vigueur précisément le 1er janvier 1967 en même temps que la partie générale du Code ». On note aussi le Code des obligations de l'administration promulgué par la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 (148 articles).

Concernant la 3e partie du Code, il s'agissait pour la Commission de codification d'élaborer une partie relative aux garanties des créances promulguées par la loi n° 76-60 du 12 juin 1976 entrée en vigueur le 1er novembre 1976 s'agissant de la construction du plan du Code, d'où les propos du professeur Jean-François Tosi d'estimer que « le plan suivi est celui le plus généralement adopté à l'enseignement du droit des obligations, en France, depuis le début du siècle ». Et de renchérir qu'« il y a d'abord l'influence française, c'est de loin la plus importante. La partie générale du Code des obligations civiles et commerciales ne fait que reprendre, en effet, sur de nombreux points, les dispositions du Code civil, en tenant compte de la jurisprudence qui l'avait dans une large mesure modifié et complété. Autrement dit, à travers le droit civil français, c'est toute la construction romaine des obligations qu'a reprise le Sénégal ». Devant cette influence historique du droit français sur le droit sénégalais, une belle analyse du professeur Patrice Badji estimait : « En effet, quand Napoléon a semblé réussir dans sa conquête de l'Europe, certains juristes étrangers ont soutenu que le droit français allait devenir le droit commun européen ». De même, non seulement l'article 1er de l'avant-projet du Code civil rédigé en l'an VIII avait un contenu évocateur, mais également le Code civil avait été introduit dans les colonies. Ce qui permet de s'interroger sur son passé, son présent et sur son avenir en Afrique et, partant, sur le degré de résistance des coutumes ancestrales à l'assimilation juridique durant la période coloniale et peut-être même après les indépendances, surtout lorsque l'on sait que beaucoup d'anciennes colonies, à l'image du Sénégal, n'avaient, sur le plan juridique, rompu ni avec la tradition française, ni avec le droit français. L'effectivité ainsi que la représentation du droit ne seront guère épargnées.

L'influence de la loi française du temps colonial dépassait le droit sénégalais car « 1830, année de l'expédition d'Alger, est un bon marqueur de renouveau de la politique expansionniste de la France et un symbole du début de la seconde colonisation[11] ». Dans le même ordre d'idée, un autre auteur[12] de constater l'acculturation du système de droit français sur le droit et la réalité sénégalaise en matière civile. C'est grâce à l'importation du Code civil qui a bénéficié pour son effectivité d'être introduit par une disposition spéciale. Il donna ainsi des exemples de décrets Mandel et Jacquinot relatifs au droit de la famille, précisément par décret du 15 juin 1939 (décret Mandel) et applicable dans les zones AOF et AEF. De ce décret, on constate une influence française de proscrire les « unions polygamiques et coutumières » et qui n'a pas pu recevoir « une application systémique et généralisée ». Dans ce même ordre d'idée, cette acculturation ou influence du droit français sur le droit sénégalais est reçue selon l'auteur en matière de responsabilité civile lorsqu'il écrit que « le droit français a également une vocation à régir les rapports de droit soumis à l'appréciation du juge ». Cette volonté d'influence n'a pas manqué de constituer une complication car le Code civil n'a pas obtenu pleine application. Un autre fait lié aux indigènes des quatre communes posait des difficultés sur leur appartenance ou non au régime juridico-politique français. En termes clairs, par ses assertions, l'auteur indique que : « Dès lors, il semble possible de soutenir qu'en promulguant le Code civil au Sénégal, l'arrêté du 05 novembre 1830 plaçait les habitants libres de la colonie sous l'empire du Code civil qu'il avait pour effet d'y introduire dans toute sa pureté », serait-ce en toute ignorance

[11] C. CHAMBRUN et S. VIALLET-THEVERIN, « Mobilité sociale et empire : Les gouverneurs coloniaux français entre 1830 et 196 », *Revue d'histoire moderne contemporaine,* 2019, n° 66-4, page 53-88.

[12] Voir le rôle du magistrat dans le processus de colonisation : le cas du Sénégal à la lumière de l'exportation du Code civil François (1830 -1972) ; conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français : existe-t-il une culture juridique francophone ?

du droit local. Malgré la clarté de ce texte, la jurisprudence va désapprouver une telle solution, sans que cela empêche le législateur de persévérer dans la voie de la promotion du Code civil.

Par la loi du 24 avril 1853, il allait confirmer aux indigènes le bénéfice des « bienfaits » du droit français. Il renchérit que « toute personne née libre ou ayant acquis légalement la liberté jouit dans les colonies françaises : 1er des droits civils ; 2e des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois ». Cependant, ce qu'il faut noter, c'est que dans le principe des lois, notamment l'article 7 de la loi Ventôse an XII, « Les coutumes générales ou locales cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière » au profit de la loi française. Ce qui du reste n'a pas prospéré car les Sénégalais ont tenu à leurs coutumes ; d'où la difficile cohabitation notée entre les deux droits. Ce qui n'enlève en rien l'esprit d'influence qui a pris la tournure de non-effectivité, mais sur les modalités d'opérationnalité d'application des dispositions du Code civil pour les citoyens sénégalais, un fait mérite d'être évoqué, c'est notamment que le texte de l'arrêté du gouverneur du Sénégal promulguant le Code civil dans la colonie dispose clairement que « le territoire de la colonie est considéré, dans l'application du Code civil, comme partie intégrante de la Métropole ». De l'avis du Professeur Mamadou Badji[13], « ce constat suffit à considérer que le Code civil s'appliquait, même après l'indépendance. Concernant le régime des contrats, on a noté aussi l'influence du Code civil sur le droit des contrats et le droit de la responsabilité ; d'où les précisions du Professeur Badji que : « à l'instar des autres pays d'Afrique, le Sénégal s'est largement inspiré au lendemain de l'indépendance du Code civil dont il a reconnu la valeur à la fois théorique et pratique, pour élaborer les instruments juridiques chargés de régler les relations d'affaires ou de famille des différentes composantes de la société sénégalaise. Le magistrat en avait déjà ouvert la voie ».

En résumé, la partie historique a permis de se rendre compte que sur plusieurs arguments évoqués, le droit français a historiquement une influence sur le droit civil des obligations du Sénégal. C'est son dynamisme qui lui a valu cette prédominance, ce que confirment les développements qui suivent.

B. Caractère dynamique du droit français sur la responsabilité du fait des choses consacrant son pouvoir d'influence sur le droit sénégalais

Le dynamisme du droit de la responsabilité du fait des choses s'établit sur les origines jurisprudentielles du droit français qui a connu des évolutions remarquables. D'où l'acceptation du principe général de la responsabilité du fait des choses. L'article 1242, alinéa 1 du Code civil de 1804 précise : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ». À l'époque, les articles 1243 et 1244 traitaient respectivement de la responsabilité du fait des animaux et de la responsabilité du fait des bâtiments en ruine. De cette logique on constate que le seul fait de circonscrire, la responsabilité du fait des choses sur les animaux et bâtiments ne permettait pas sa détermination au cas où les origines du dommage sont causées par des choses autres que celles précisées aux articles 1243 et 1244 du Code civil de 1804 ; d'où la limitation des cas de responsabilité du fait des choses. En revanche, cela n'a pas perduré avec l'évolution de l'industrie en France qui s'est caractérisée par des dommages dus aux choses utilisées dans le cadre de production industrielle où les travailleurs ont connu beaucoup d'accidents. Cette situation a beaucoup contribué à étendre les cas de responsabilité du fait des choses notamment par la reconnaissance du principe général de la responsabilité du fait des choses précisément par l'arrêt Teffaine du 16 juin 1896 qui a permis à la Cour de

[13] Voir le rôle du magistrat dans le processus de colonisation : Le cas du Sénégal à la lumière de l'importation du Code civil français (1830-1972) par Mamadou BADJI in « Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français : existe-t-il une culture juridique francophone ».

cassation de reconnaître « le caractère non limitatif » de l'article 1384, aliéna 1 du code civil. Les propos de l'attendu révèlent que « l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur à vapeur Marie, qui a causé la mort de Teffaine est dû à un vice de construction, aux termes de l'article 1384 du Code Civil. Cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé d'où il suit qu'en condamnant Guissez et Cousin, propriétaire du remorqueur Marie, à payer des dommages et intérêts à la veuve et aux enfants Teffaine, ledit arrêt, d'ailleurs motivé, n'a violé aucun des articles visés au pourvoi. » Cette décision a connu des controverses concernant la restriction de la notion de chose aux meubles, aux choses dangereuses, aux choses présentant un vice interne et aux choses non actionnées par la main de l'homme, et aussi si l'on en juge de l'arrêt du 30 mars 1897 qui affirme que « la présomption de faute édictée par l'article 1384 alinéa 1, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé le dommage ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'une cause étrangère qui ne lui sont pas imputables. IL ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute, ni que la cause du dommage est demeurée inconnue. » La présomption de faute vient de ce fait se joindre à la détermination de la responsabilité du fait des choses[14].

La consécration de la reconnaissance du principe de la responsabilité du fait des choses en France se fonde sur l'arrêt Jand'heur du 13 février 1930 car à travers cet arrêt, il est confirmé la consécration de présomption de responsabilité à la place de la présomption de faute, de l'extension du domaine d'application du principe général de responsabilité à la place de présomption de faute, de l'extension du domaine d'application du principe général de responsabilité du fait des choses notamment par le « rejet de la distinction entre les choses dangereuses et les choses non dangereuses, le rejet de la distinction entre les choses meubles et les choses immeubles, le rejet de la distinction entre les choses actionnées ou non par la main de l'homme, le rejet de l'exigence d'un vice inhérent à la nature de la chose et enfin l'arrêt Jand'heur de poser le principe de la garde de la chose comme condition de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait des choses. Les décisions exactes de l'arrêt du 13 février 1930 se sont établies comme suit : tout d'abord, finalement l'avant-projet est passé par le groupe de travail de la commission de lois, le groupe socialiste est favorable à une responsabilité du fait d'activités anormalement dangereuses à condition d'en déterminer le régime avec précision.

En outre, de l'avis du groupe de l'Union pour un mouvement populaire, « le régime général de la responsabilité du fait des choses et les multiples régimes spéciaux de responsabilité sont suffisants[15] ». Ainsi, le régime général de la responsabilité du fait des choses se caractérise par une extension des objets. Le groupe de travail de la Cour de cassation présidé par M. Pierre Sargos de préciser à ce propos que : « au cours de la dernière décennie, la responsabilité du fait des choses a été l'origine d'un contentieux de l'ordre de cent cinquante affaires, pour divers biens qui n'entrainent pas le champs des régimes particuliers de responsabilité ou d'indemnisation (moyens de transport non soumis à réglementation comme la bicyclette et les caddies ou chariots de magasins, éléments de sols ou équipement se rattachant à des biens immobiliers comme les ascenseurs, les escalators, les escaliers et leurs rampes, les baies et portes vitrées et les coupes de bois, outillages et matériels de levage, équipement sportif ». Consécutivement à ces propos de la Cour de cassation, « l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription propose l'instauration d'un régime

[14] Cassation civile du 16 décembre 1920.

[15] Voir Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 jours 2007, page 37 et 38. Rapport d'information n° 558 (2008-2009), déposé le 15 juillet 2009, intitulé Responsabilité Civile : Des évolutions nécessaires.

de responsabilité de l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse ». Il en est de même du principe de responsabilité de plein droit à la charge de certains exploitants, notamment « les compagnies aériennes pour les dommages causés au sol par les appareils, les exploitants de téléphériques pour les dommages causés aux tiers, les exploitants de réacteurs nucléaires pour les accidents survenant sur les sites ».

Malgré tout ce qui vient d'être dit, les participants à l'instauration de ce nouveau projet ne sont pas unanimes et comme le démontre le Professeur Catala, pour qui « le régime général de la responsabilité du fait des choses et les multiples régimes spéciaux, notamment celui de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, étaient amplement suffisants pour assurer l'indemnisation des victimes ». D'autres idées sur la position des assureurs qui pouvaient tout simplement prévoir des indemnisations au risque de ne pas bouleverser le régime général du fait des choses. Mais les assureurs ont « rejeté cette idée au motif de ne pas s'engager sur un fait non maitrisé de cout, sauf à établir une liste des activités jugées anormalement dangereuses ». D'où les positions de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) et le groupement des mutuelles d'assurances (GEMA), la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), etc.

En dehors des partisans du refus d'étendre le régime général du fait des choses, il existe d'autres partisans pour l'instauration d'un tel régime : il s'agit entre autres de l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels. Il reste cependant à convaincre quant à l'instauration ou l'acceptation de la notion d'activités anormalement dangereuses, que le groupe de travail de la Cour de cassation présidé par Sargos, a jugé de régime « trop vague et mériterait d'être précisé par référence aux installations classées et aux établissements soumis à autorisations ou à des obligations particulières (dépollution en cas de cession de terrain). » En outre, le groupe de travail estime que « la présomption de l'alinéa 2, en considération du nombre de victimes potentielles et de la gravité prévisible du dommage, devrait partiellement obéir à des critères imprécis. On pourrait même songer à la supprimer, car si en amont une définition précise venait à être donnée aux activités ou établissements considérés, une telle présomption pourrait s'avérer moins nécessaire (……). Par ailleurs, l'incompréhension a été l'attente concernant l'exonération de l'entrepreneur dont les activités sont anormalement dangereuses. En conclusion, le fait du tiers ou de la force majeure pourrait être admis comme cause d'exonération, d'où les conclusions du groupe pour qui, « dans ce cas, la responsabilité de l'exploitant pourrait ainsi être écartée en cas de catastrophes naturelles ou d'acte criminel (attaque terroriste) ».

La Cour de cassation estime que « la présomption de responsabilité établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable, qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la faute du fait dommageable est demeurée inconnue ». Ensuite, la Cour de cassation de poursuivre que « la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même[16] ». Dans ce rapport, notamment à la page 52 intitulé circonscrire les faits générateurs, la responsabilité du fait des choses a été développée pour « clarifier les règles relatives à la responsabilité du fait des choses ». En effet, au-delà de ce qui précède, il est établi que le régime de la responsabilité du fait des choses s'est beaucoup « multiplié en matière d'accidents de la circulation ou des produits défectueux ».

[16] Voir le document d'Aurélie BAMBE (Docteur en droit privé. Titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, fondateur du droit dans tous ses états).

En France, depuis des années, on note une évolution en matière de préjudice écologique tant par la jurisprudence que par la loi. En matière jurisprudentielle, des contentieux ayant abouti à des jugements de tribunaux judiciaires et administratifs ont rendu des décisions. C'est le cas de l'affaire Justice pour le vivant. Dans cette affaire, le tribunal administratif de Paris a condamné l'État français pour ne pas avoir respecté ses propres objectifs en matière de pesticides. Ainsi, le tribunal a caractérisé le préjudice écologique par « contamination générale, diffuse, chronique et durable ». Le tribunal a ainsi enjoint l'État français de prendre des mesures afin de réparer le préjudice écologique avant le 30 juin 2024. Les mêmes griefs ont été retenus dans l'affaire du siècle par laquelle le juge administratif a retiré son alignement par rapport à la disposition de l'article 1247 du Code civil, consistant en une « atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Concrètement, la France a vu que l'intérêt de la reconnaissance du préjudice écologique dans le contentieux climatique est à des niveaux de consécrations remarquables. Cette logique s'est beaucoup confirmée dans l'affaire ERIKA, navire pétrolier qui avait fait naufrage en 1999 au large de la Bretagne. En effet, le tribunal correctionnel de Paris a rendu une décision le 16 janvier 2008 pour condamner les responsables de la pollution à réparer le « préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement ».

Cette décision fut confirmée par la cour d'appel de Paris le 30 mars 2010, qui a consacré la notion de « préjudice écologique » à travers l'arrêt du 25 septembre 2012, qui a donné comme définition au préjudice écologique une « atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais affectant un intérêt collectif légitime ». C'est suivant de telles réalités de plus en plus accrues concernant le préjudice écologique que le législateur français a introduit dans le Code civil le concept de préjudice écologique, notamment par la loi du 08 aout 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Cette introduction est matérialisée par les articles 1246 à 1252 dédiés à la question de la réparation du préjudice écologique. C'est après l'introduction de cette loi que l'on assiste à des décisions de justice écologique. C'est le cas de l'affaire du siècle par laquelle le tribunal administratif, par jugement rendu le 3 février 2021, a reconnu l'existence d'un préjudice lié au changement climatique. À travers cette décision, l'État est condamné pour une carence partielle de la France dans la réalisation de ses objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'où sa responsabilité engagée. Par contre, la demande de réparation pécuniaire du préjudice formulé par les associations requérantes n'était pas retenue par le jugement. Il s'en est suivi d'autres décisions allant dans le même sens que l'affaire du siècle, c'est le cas de l'affaire de justice pour le vivant par laquelle le tribunal administratif a enjoint l'État de prendre, d'une part, les mesures utiles de nature à réparer le préjudice écologique concernant les contaminations et de réparer, d'autre part, le préjudice moral des associations intervenantes pour un euro symbolique.

Traitant de la réparation du préjudice écologique, le Code civil a largement prévu les modalités à travers les articles 1246 qui précisent que « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Précisément pour qu'un préjudice soit réparé, il doit, selon l'article 1247, correspondre à « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Les personnes qui ont intérêt à agir en réparation sont, selon l'article 1248, l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les associations de protection de l'environnement.

La réparation consiste à restaurer l'environnement endommagé ou, au cas où la restauration n'est pas possible, c'est le versement des dommages et intérêts comme le prévoient les alinéas 2 et 3 de l'article 1249 du Code civil. Souvent c'est le concept de pollueur-payeur qui est appliqué, notamment à travers les articles L. 610-1 et suivants

du Code de l'environnement de la France. D'autres arrêts ont fait état de la réparation du préjudice par le paiement de dommages et intérêts à travers particulièrement l'affaire Erika[17] et/ou l'affaire Braconniers de calanques où la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné, le 29 juin 2021, les braconniers à verser des dommages et intérêts pour préjudice écologique[18].

Cette consécration du droit français de la responsabilité du fait des choses, peut aussi s'appréhender sur le trouble de voisinage à travers les propos de l'article 1253 de la loi modifié n° 20 24-346 du 15 avril 2024, qui prévoit que « le propriétaire, le locataire, l'occupant sans titre, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs qui est à l'origine d'un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage est responsable de plein droit du dommage qui en résulte. Sous réserve de l'article L. 311-1-1 du Code rural et de la pêche maritime, cette responsabilité n'est pas engagée lorsque le trouble anormal provient d'activités, quelle qu'en soit la nature, existant antérieurement à l'acte transférant la propriété ou octroyant la jouissance du bien ou, à défaut d'acte, à la date d'entrée en possession du bien par la personne lésée. Ces activités doivent être conformes aux lois et aux règlements et s'être poursuivies dans les mêmes conditions ou dans des conditions nouvelles qui ne sont pas à l'origine d'une aggravation du trouble anormal. » De cette disposition du Code civil français, on note une consécration de la responsabilité du fait des choses. Concrètement, le trouble de voisinage concerne principalement celui émanant des individus, des animaux et surtout des choses comme l'instrument de musique, la chaîne hi-fi, le téléviseur, le pétard et feu d'artifice, la pompe à chaleur, l'éolienne, l'électroménager…

Cette démarche consiste à montrer que l'influence du droit français sur le droit sénégalais repose sur un droit français dynamique et évolutif et qui continue à se confirmer par des similitudes des règles applicables sur la responsabilité du fait des choses de droit sénégalais ; d'où les développements qui suivent.

II. Confirmation effective de l'influence du droit français de la responsabilité du fait des choses sur le droit sénégalais

Il est important de montrer qu'effectivement, en prenant en compte tout ce qui précède, il existe réellement une similitude entre le droit français et le droit sénégalais, notamment sur la détermination du régime général de la responsabilité du fait des choses (A), qui est fondamental en matière de responsabilité des accidents de véhicules automobiles, notamment en droit français et en droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses (B).

A. Similitude sur la détermination du régime général de la responsabilité du fait des choses inspirées du droit français par le droit sénégalais

D'emblée, il est clairement établi que la similitude du régime de la responsabilité du fait des choses entre le droit sénégalais et le droit français est concrète, notamment par les libellés dans le Code civil français et dans le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais qui sont presque les mêmes. De l'avis de l'article 137 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais, « toute personne est responsable du

[17] L'Erika est un pétrolier à coque simple construit au Japon en 1975, qui a fait naufrage le 12 décembre 1999 au large de la Bretagne, provoquant une marée noire mémorable. À ce moment, il appartenait à une compagnie maltaise, Tevere Shipping, détenue de facto par l'armateur italien basé à Londres, Giuseppe Savarese. La gestion technique avait été assurée par la société Panship, et était affrété par la société Total pour un transport de 30 884 tonnes de fioul lourd en provenance de Dunkerque et à destination de Livourne (Italie). https://fr.wikipedia.org/wiki/Erika

[18] "Un peu déçu" des montants finalement alloués, Maître Sébastien Mabile, conseil du Parc national des calanques, a néanmoins salué cet arrêt "C'est la première fois depuis la loi de 2016 sur la biodiversité qu'une Cour d'appel retient le préjudice écologique du fait d'une atteinte non négligeable à un écosystème". https://france3-regions.franceinfo.fr/provence-alpes-cote-d-azur/bouches-du-rhone/marseille/braconnage-l-indemnite-record-versee-au-parc-national-des-calanques-divise-par-7-2160256.html

dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maitrise » et plus loin, précisément à l'article 138 concernant la maitrise de la chose ou de l'animal, « il est responsable du propriétaire de la chose ou de l'animal qui l'utilise de façon personnelle par l'intermédiaire d'un préposé. Cette maitrise est cependant transférée à autrui si le propriétaire le lui confie ou encore à un tiers qui aurait utilisé la chose ou l'animal sans la volonté du propriétaire ». À titre illustratif, on peut citer l'arrêt de Kounoune Power et SENELEC[19] contre les héritiers de feu Yakhara Wade par lequel les juges de la chambre civile et commerciale de la Haute Cour « engagent la responsabilité du seul propriétaire des installations électriques dommageables et par voie de conséquence, cassent la décision de la cour d'appel de Dakar et font état de la responsabilité de l'État du fait qu'il est propriétaire des choses et excluent la responsabilité du cessionnaire ». Cette disposition de la loi sénégalaise sur la détermination du régime général du fait des choses est inspirée du droit des obligations françaises, notamment par son article 1242 al. 1er du Code civil où il est précisé : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Au regard de cet article, deux théories ont été déduites : la théorie de la garde juridique de la chose et la théorie de la garde matérielle de la chose.

Concernant la première théorie, la garde incomberait à celui qui est propriétaire de la chose car lui seul posséderait un véritable pouvoir sur sa chose. Par ailleurs, pour la deuxième théorie, la garde supposerait une maitrise concrète et effective de la chose, de sorte que son seul détenteur effectif, qu'il en soit ou non le propriétaire, pourrait être qualifié de gardien. Cette première théorie a eu confirmation dans un arrêt de la Cour de cassation du Sénégal rendu le 17 décembre 2003[20] à travers laquelle, après avoir organisé une cérémonie de feux d'artifice, l'explosion d'un pétard a provoqué la perte de l'œil gauche d'Emmanuel Sarr âgé de trois ans. Le pétard était manipulé en vue d'une explosion par un enfant qui l'avait ramassé après la fin de la cérémonie. De ce fait, la Cour dégager sa responsabilité au motif que l'enfant était conscient de son acte car ayant récupéré une allumette chez lui pour déclencher l'explosion. Donc, il (cours C de hann) déclare ne plus être maitre de la chose inanimée, d'en perdre l'usage le contrôle et la direction d'où le rejet de ces arguments de la cour d'appel que confirma la Cour de cassation justifiant que « la cour d'appel, qui a énoncé que le pétard cause du sinistre appartient au Cours C de Hann, qu'après la cérémonie se trouvaient encore sur l'aire du stade, des étuis de pétard et des déchets d'explosifs, qu'il ne s'est pas passé un temps anormalement long entre le feu d'artifice et l'accident et qu'aucune faute n'a été relevée contre l'enfant, a pu, à juste titre et sans dénaturation, estimer que le Cours C de Hann est responsable de l'accident causé par les objets qu'il avait amenés au stade et dont il avait la maîtrise. »

Pour mieux démontrer la similitude entre le droit de la responsabilité du fait des choses au Sénégal et en France, il s'agit aussi de l'identifier principalement sur la manière de détermination des conditions de mise en œuvre du principe général de responsabilité

[19] Arrêt n° 2 du 2 janvier 2020 Kounoune Power et SENELEC du Sénégal C/ les héritiers de feu Yankhara Wade : « Les héritiers de feu Yakhara ont fait constater, par huissier, l'occupation illégale de leur TF n° 1040 / R par les installations de la centrale électrique de la commune de Kounoune. Les héritiers ont attaqué la SENELEC et l'État du Sénégal en paiement de diverses sommes à titre de dommages et intérêts. Après une première décision en première instance, l'affaire a été portée à la cour d'appel de Dakar et cette dernière, par son arrêté 218 du 23 juillet 2018, retient la responsabilité de la SENELEC et de la société KOUNOUNE POWER SA au motif que ces dernières avaient la maitrise de lignes électriques du fait de la concession. Ces derniers se pourvoient en cassation, arguant que l'État est propriétaire des installations et centrales électriques. Ce qui conduit pour les juges à casser la décision de la cour d'appel et par conséquent engage la responsabilité du seul propriétaire des installations électriques dommageables, qui est l'État du Sénégal ».

[20] Sénégal, Cour de cassation, 17 décembre 2003, 27, Cours C de Hann C/ Ab A représentant d'Emmanuel SARR, pourvoi en matière civile et commerciale, sur le premier moyen : responsabilité en matière civile et commerciale. Sur le premier moyen : responsabilité du fait des choses ; qualité de Gardien ; Défaut de dénaturation ; REJET / Chambre civile et commerciale ARRET n° 27 du 17 décembre 2003.

du fait des choses, notamment sur les conditions liées au dommage et au lien de causalité, sur la garde de la chose et le fait de la chose. C'est sous ce rapport qu'il est aisé de comprendre qu'aussi bien en droit sénégalais qu'en droit français, la garde de la chose s'effectue dans les mêmes conditions pour la détermination du régime général de la responsabilité du fait des choses. C'est pourquoi le gardien de la chose doit être à la fois le propriétaire et le détenteur de la chose. C'est ce qui conditionne la garde en trois éléments constitutifs que sont l'usage (maitrise de la chose dans son propre intérêt) ; la direction (décider de la finalité de l'usage) et le contrôle de la chose (capacité à prévenir le fonctionnement anormal de la chose). En outre, il est admis une exception à la dualité de la qualité de gardien à travers les possibilités de succession de gardiens[21] et de garde de structure et de comportement.[22] C'est ce que semble confirmer l'arrêt du 28 avril 1947 de la Cour de cassation, qui a affirmé que « l'usage et le pouvoir de direction et de contrôle, fondement de l'obligation de garde au sens de l'article 1384 al 1er (…) impliquent la faculté de discernement ». Il en est de même concernant les similitudes, en matière de désignation du gardien. Cette situation se caractérise d'abord par la présomption de garde lorsqu'il exerce un pouvoir direct sur la chose et lorsqu'il exerce un pouvoir indirect sur la chose. Sur le premier cas, il s'agit de l'hypothèse où le propriétaire est en même temps détenteur de la chose et aussi des trois éléments constitutifs de la garde de la chose.

Pour le second cas, lorsqu'il exerce un pouvoir indirect sur la chose, la chose est supposée être détenue par un préposé ou en raison du lien de subordination, si le préposé a l'usage de la chose, le propriétaire conserve le pouvoir de direction et de contrôle. Et enfin, devant l'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé en ce qui concerne le transfert de la garde, c'est dans la mesure ou le propriétaire de la chose est présumé être le gardien de la chose et cela peut avoir pour conséquence de renverser la présomption en démontrant qu'une autre personne exerçait le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle sur la chose au moment du dommage. Ceci suppose comme condition que le transfert de la garde de la chose soit volontaire ou involontaire. A titre illustratif des arguments sus évoqués, l'arrêt n° 58 du 19 mai 2021 de la Cour suprême du Sénégal affirme que « lorsque la chose confiée à un réparateur est détruite pendant qu'elle était sous sa garde, le propriétaire a droit à la réparation intégrale de son préjudice, nonobstant la clause limitative de responsabilité prévue au contrat [23]».

En droit sénégalais comme en droit français, le fait de la chose occupe une place importante dans la détermination de la responsabilité du fait des choses, notamment comme le confirme le nouvel article 1242 al. 1er du Code civil. Concernant la détermination de la chose en soi, c'est au niveau de l'article 1243 intitulé « Les animaux » qu'il est précisé que « le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert est

[21] Dans cette hypothèse, la chose reste unique, mais plusieurs gardiens vont être simultanément retenus. La jurisprudence admet en effet parfois cette hypothèse. Ainsi, en est-il lorsqu'une salve de plombs est tirée par plusieurs personnes à l'occasion d'un mariage (Cass. 2e civ, 15 déc. 1980, n° 79 -11.314 : *D.* 1981, p. 453) ou encore de mineurs fumant ensemble et gardiens communs des cigarettes jetées à terre et provoquant un incendie (Cass. 2e civ., 14 juin 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 2 pan. p. 229). S'il n'est pas rare que la garde collective soit retenue, encore faut-il que soit clairement établi le fait que plusieurs personnes avaient les pouvoirs de direction et de contrôle de la chose ayant provoqué le dommage… ».

[22] Un exemple permet de mieux comprendre cette théorie : Une bouteille de gaz explose dans un magasin : Est-ce le propriétaire du magasin, ou le fabricant de bouteilles qui doit être tenu responsable ? Le propriétaire est gardien du comportement de la chose, et sera tenu responsable s'il a placé les bouteilles au mauvais endroit, qui heurtées par un client, ont explosé. Le fabricant est le gardien de la structure de la chose ; il est responsable lorsqu'il s'avère que les bouteilles avaient un vice de fabrication, ce qui les a rendues fragiles et dangereuses au point d'exploser. La jurisprudence a accueilli favorablement cette distinction, permettant ainsi de mieux cerner l'imputation du dommage. Chapitre 3, La responsabilité du fait des choses inanimées, Condition d'application de l'article 1242 alinéa 1er, C) la garde de la chose 1- le principe de l'unicité de la garde 2 - l'exception : Principe de l'unité de gardien a la dualité de la qualité de gardien 274 succession de gardiens ; b) la dualité de la garde 275 Garde de structure et de comportement. Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Responsabilité civile, Délit et Quasi-délit*, 9ème éd., LexisNexis.

[23] Voir arrêt n° 58 du 19 mai 2021 : La société Chantiers navals de Dakar Dite Dakarnave et La société AXA Assurance Sénégal contre la société prévoyance assurances - SA Dite PA-SUNU Assurances IARD DITE SUNU-ASKIA Assurance SA DITE ASKIA-AMSA Assurance SA DITE AMSA.

responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé ». L'animal évoqué ici peut être dangereux ou inoffensif ; il peut être domestique ou sauvage. À supposer qu'il est capturé, la responsabilité concerne les animaux appropriés à l'exclusion des animaux sauvages qui vivent à l'état libre comme le gibier et qui sont des res nullius[24]. Le fait de la chose s'applique dans la détermination du régime général de la responsabilité du fait des choses, notamment par les articles 1242 et 1243 qui ne peuvent être appliqués que si le fait de la chose, qu'elle soit animée ou inanimée. Par contre, d'autres faits sont exclus, il s'agit de la ruine d'un bâtiment et d'une chose dans laquelle un incident a pris naissance.

À la lecture de cet article, on se rend compte que ce sont les mêmes cas de détermination de la garde de la chose et du cas où la chose cause du dommage qui ont fait l'objet de transfert. C'est ce que explique un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[25], approuvant une cour d'appel d'avoir jugé que : « Après avoir relevé, par motifs adoptés, que le chariot en cause ne pouvait être considéré comme une chose intrinsèquement dangereuse, énonce exactement qu'en disposant librement du chariot hors toute directive du magasin quant à l'usage, le contrôle et la direction de celui-ci, qui lui avait été dépourvu de tout dynamisme propres, l'intéressé s'en est vu transférer la garde de toutes ses composantes (…) » ; plus loin, la cour d'appel a déduit, à bon droit, que le magasin qui n'avait pas la garde du chariot lors de l'accident n'avait pas commis de faute en relation de causalité avec le dommage subi par la victime[26]. Au regard du droit sénégalais sur la responsabilité du fait des choses, notamment à son article 139, établissement de la responsabilité et cause d'exonération, il est précisé que « l'existence simultanée du préjudice et de la maitrise suffit à établir la responsabilité. La responsabilité peut disparaitre ou être atténuée par la force majeure, le fait d'un tiers ou la faute de la victime. » C'est le même principe que le droit français a retenu, notamment par les arrêts Lemaire et l'arrêt Derguini du 9 mai 1984, selon lesquels les conditions d'exonération de la responsabilité du fait des choses sont celles de la cause étrangère, à savoir la force majeure, la faute de la victime, notamment par la consécration de la faute objective au détriment de la prise en compte du discernement, même s'il s'agit d'un enfant.

De ce qui précède, on se rend compte que le droit sénégalais et le droit français sont quasiment indissociables, comme le confirment encore les développements qui suivent.

B. Cas spécifique du régime de la responsabilité des accidents de véhicules automobiles en droit français et en droit sénégalais

La préoccupation sur les accidents de la circulation routière a conduit dès 1971 à l'établissement de la convention de La Haye du 4 mai 1971. Cette convention a pour objectif de fournir aux victimes d'accidents de la route et aux assureurs des règles juridiques ayant des bases conventionnelles permettant de mieux prendre en charge l'indemnisation des victimes ainsi que ces moyens juridiques de procédures pour un traitement rapide des cas d'accidents de la circulation routière[27]. La convention est

[24] Voir F. TERRE, Ph. SIMLER, Yves LEQUETTE et Fr. CHENEDE, *Droit civil les obligations*, 13ème éd., Dalloz page 1103, 1104 - le fait d'une chose.

[25] Voir arrêt n° 97-11527 : *Bull. civ* II n° 13 ; *Gaz. Pal.* 1999, 1, pan. Cass. p. 106 ; *D* : 1999, IRp. 49.

[26] Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Responsabilité civile - délit et quasi-délit, op. cit.*

[27] Voir les articles 2, 4 et 8 de la Haye du 04 mai 1971 qui renseignent que : « C'est au niveau de l'article 2 , que la convention énumère la responsabilité des fabricants, vendeurs et réparateurs de véhicule, la responsabilité du propriétaire de la voie de circulation ou de toute autre personne tenue d'assurer l'entretien de la voie ou la sécurité des usagers, la responsabilité du fait d'autrui, à l'exception de celle du propriétaire du véhicule de celle du commettant , aux recours entre personnes responsables, aux recours et aux subrogations concernant les assureurs , aux actions et aux recours exercés par ou contre les organismes de sécurité sociale, d'assurance sociale ou autres institutions analogues et les fonds publics de garantie automobile, ainsi aux cas d'exclusion de responsabilité prévus par la loi dont relèvent ces organismes. Au niveau de son article 4 de la même loi conventionnelle, il est donné primauté à la loi interne d'un État « lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un État autre

d'application en France comme au Sénégal. Cependant, devant la volonté des deux États d'adhérer à la convention, force est de constater qu'elle a besoin d'être renforcée par des lois internes. C'est ainsi qu'on a en France la loi du 5 juillet 1985 dite « Badinter », du nom de l'ancien ministre français de la Justice. Cette loi est justifiée par le fait que les victimes d'accidents de la circulation routière étaient mal indemnisées, d'où pour cette nouvelle loi Badinter d'écarter la force majeure comme cause d'exonération du responsable de la victime qui évoquait le plus souvent la faute de la victime ou un cas de force majeure. Ce qui conduit ainsi à une obligation de garantie de la victime d'accidents de circulation, d'où le caractère discriminatoire de la loi Badinter avec le préjudice corporel qui est mieux indemnisé que le préjudice matériel. Encore pour certaines victimes qui sont considérées comme privilégiées ou selon que la victime est ou non conducteur[28]. C'est une loi qui vise les accidents de la route dans lesquels sont impliquées les victimes d'accidents de la circulation, dans lesquels est impliqué un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques et semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et tramways. Les conditions d'application de la loi Badinter sont relatives à un accident de la circulation, l'implication d'un véhicule terrestre à moteur. Quant au Sénégal, déjà par la loi 97-20 du 12 décembre 1997 qui abroge et remplace les dispositions de la loi n° 74-33 du 18 juillet 1974 instituant l'obligation d'assurance de tous véhicules terrestres à moteur et organisant le financement du fonds de garantie automobile.

Selon l'exposé des motifs de la loi 97 suscitée, « il a été créé le 23 mai 1995 un fonds de garantie automobile dont la mission est de contribuer au renforcement de la protection des victimes d'accidents de la circulation et qui participe également de la mise en œuvre du dispositif législatif et réglementaire de prévention et de contrôle d'assurance engagé par les pouvoirs publics ». Au regard de ces considérations, les deux pays, à savoir la France et le Sénégal, disposent d'institutions de gestion de fonds de garantie. Il s'agit notamment du fonds de garantie automobile du Sénégal et du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) pour la France. Cette dernière est un « organisme qui est chargé d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation dont les responsables sont inconnus ou non assurés ». Parallèlement, l'article 8 de la loi 97 du Sénégal estime que « l'État confie à une entreprise publique dénommée Fonds de garantie automobile (FGA) la mission d'assurer notamment la prise en charge des victimes d'accidents corporels de la circulation lorsque l'auteur est inconnu, non assuré et insolvable ». Concrètement, la loi française estime que les concernés sont le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur (voiture ou moto) circulant sur la voie publique ; toute personne qui circule sur la voie publique avec ou sans engin (piétons, cycliste, skieurs, rollers, etc.) et aussi les animaux domestiques ou animaux sauvages. La ressemblance sur la partie finance de prise en charge des victimes présente également des similitudes. Au Sénégal, par la loi 97 susmentionnée instituant l'obligation d'assurance en matière de circulation de tous véhicules terrestres à moteur et organisant le financement du fonds de garantie automobile, on constate, de l'exposé des motifs, que c'est par le traité instituant une organisation intégrée de l'industrie d'assurance que la loi s'est appesantie, après signature le 10 juillet 1992 à Yaoundé et ratification le 5 janvier 1994 par le Sénégal.

---

que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu ». « Concrètement la loi détermine à son article 8 les conditions et l'étendue de la responsabilité, les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité, l'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation , les modalités et l'étendue de la réparation, la transmission du droit à réparation , les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi, la responsabilité du commettant du fait de son préposé et les prescriptions et le déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais ». Les victimes ont ainsi le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable (…). De ce fait, la convention détermine précisément la loi applicable à la responsabilité civile extracontractuelle découlant d'un accident de la circulation routière ».

[28] Voir la justification de la loi du 5 juillet 1985, titre 3, La responsabilité du fait des choses, du livre Droit des obligations, responsabilité civile-délit et quasi-délit 9e éd., LexisNexis page 270.

Cette adhésion à la convention de Yaoundé est confirmée à travers un arrêt de la Cour suprême du Sénégal sur un accident de la circulation à travers lequel la cour affirme que « la cour d'appel a, à juste titre, fait application des règles supranationales de droit des assurances régissant les régimes de responsabilité et d'indemnisation des dommages nés d'accidents de la circulation du fait de véhicules terrestres à moteur[29] ».

En outre, le Sénégal a jugé que, par sa « loi n° 74-33 du 18 juillet 1974 instituant l'obligation d'assurance des véhicules terrestres à moteur, les amendes prévues paraissent aujourd'hui insuffisamment dissuasives, en raison d'un montant pas élevé des amendes prévues ». C'est dans ce contexte qu'il a été créé le 23 mai 1995 un fonds de garantie automobile dont la mission est de contribuer au renforcement de la protection des victimes d'accidents de la circulation, participe également de la mise en œuvre du dispositif législatif et réglementaire de prévention et de contrôle d'assurance engagé par les pouvoirs publics ». C'est dans cette loi qu'il est précisé la détermination des ressources du fonds de garantie automobile, qui est constitué de : la contribution des assurés ayant souscrit un contrat d'assurance de responsabilité civile automobile ; la contribution de l'État, prélevée sur les frais de contrôle et de surveillance des organismes d'assurance ; les majorations sur les demandes prononcées contre les conducteurs des véhicules non assurés. En somme, il est constitué pour rendre efficace le recouvrement des créances, un privilège général sur les biens de ses débiteurs. Il est important de noter que la base de référence des fonds de garantie automobile du Sénégal s'appuie sur les dispositions du Code des assurances des États membres de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA). C'est sous ce rapport que l'article 1 de la loi sénégalaise précise que « quiconque aura contrevenu sciemment à l'obligation d'assurance, prévue à l'article 200, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à 18 mois et d'une amende de 600 000 f ou de l'une des deux peines seulement ». En cas de récidive, il est opéré une confiscation d'un véhicule par l'État. Concrètement, pour le financement du fonds de garantie automobile, l'article 9 précise qu'il « est institué pour le financement du fonds de garantie automobile, une contribution des assurés ayant souscrit une police d'assurance responsabilité civile automobile, dont le taux est fixé par décret ».

Il en est de même de la contribution des responsables d'accidents causés par l'utilisation de véhicules terrestres à moteur, ainsi que ses remorqueurs ou semi-remorques, non bénéficiaires d'une assurance, ainsi sur le montant total des indemnités mises à leur charge à titre de réparation des dommages résultant de ces accidents dont le taux est fixé par décret (art. 10). Autres contributions, ce sont les amendes prononcées pour violation d'assurance prévue à l'article premier et qui sont affectées d'une majoration de 50% au profit du fonds de garantie automobile (art. 11). C'est précisément au niveau de l'article 12 de la loi, qu'il est précisé que le fonds de garantie automobile (FGA) est concrètement alimenté par les ressources suivantes : La contribution des assurés ayant souscrit un contrat d'assurance de responsabilité civile automobile ; la contribution de l'Etat, prélevée sur les frais de contrôle des organismes d'assurance ; la majoration des amendes prononcées contre les conducteurs non assurés, des véhicules terrestres à moteur, prévue à l'article 11 de la présente loi ; la contribution des responsables d'accidents non assurés, prévue à l'article 10 de la présente loi ; es pénalités prévues à l'article 9 et prononcée contre les entreprises d'assurance pour cause de retard dans le versement des contributions des assurés collectés par elles pour le compte du fonds de garantie automobile.

Parallèlement, en France le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) a été créé en 1951 pour l'indemnisation des victimes de la circulation

[29] Voir jugement Cour suprême du Sénégal, arrêt n° 32 du 05 mai 2010, matière civile et commerciale n° J/296 / RG/09 opposant Ae A et Compagnie nationale d'assurance de réassurances transporteurs dite CNART contre ayants droit Mamadou Samba Sow.

provoquée par des personnes non assurées ou non identifiées. De même que le Fonds de garantie automobile du Sénégal, le FGAO est financé par la communauté des assurés. Il est précisé que le FGAO ne reçoit aucune dotation de l'État contrairement au Sénégal. Le FGAO est concrètement alimenté par : trois contributions des assurés notamment sur toutes les primes ou cotisations versées au titre de l'assurance de responsabilité civile automobile, à hauteur de 1,2% pour les primes émises depuis 2010 ; la seconde contribution est une somme forfaitaire de 0,2 euro versé par chaque chasseur titulaire d'un contrat d'assurance ; a troisième contribution concerne celle des responsables non assurés d'accidents de la circulation et de la chasse, à hauteur de 10 % des indemnités mise à leur charge. Il s'agit d'une contribution imposée par la procédure d'offre en matière automobile à ce que l'assureur dont l'offre est manifestement insuffisante et qui peut être condamnée à verser au fonds une somme allant jusqu'à 15 % de l'indemnité due à la victime.

Ces deux institutions de gestion du fonds témoignent de l'influence du droit français sur le droit sénégalais, d'où les similitudes notées aussi bien sur les textes et mode de fonctionnement. En ce qui concerne l'exécution de l'indemnisation dans les deux pays, l'article 13 de la loi 97-20 du 12 décembre1997, dispose que le fonds de garantie automobile du Sénégal, après avoir payé la totalité des indemnités, est « subrogé[30] dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable ou son assureur ». Plus loin, le fonds dispose de droit au remboursement des frais de recouvrement qu'il a engagé. Ainsi, par voie d'action ou pour toutes les voies de droit, le fonds de garantie automobile peut intervenir dans les procédures et ce, dans toutes les instances engagées « entre les victimes d'accidents ou leurs ayants droit d'une part, les responsables ou leurs assureurs d'autre part » (art. 14).

Concernant le recouvrement de ses créanciers, le fonds doit d'abord respecter une mise en demeure sans effet. Son directeur général pourra, dans un délai de cinq jours, exercer une action civile en déclarant une contrainte visée selon le montant du litige par le président du tribunal départemental ou le président du tribunal régional (art. 15). La contrainte fait l'objet d'une signification par voie d'huissier. En outre, s'il existe une opposition à cette contrainte, elle doit être formée au greffe du tribunal compétent dans les quinze jours à compter de la date de signification. L'opposition ne sera recevable qu'à condition que son auteur soulève « une contestation sérieuse » qui va constituer pour le fonds une « garantie sous forme de caution bancaire, dépôt bancaire ou d'un cautionnement égal à moins à la moitié de la créance. L'opposition est portée devant le tribunal départemental ou le tribunal régional compétent qui devra statuer en charge d'appel et ce, après une tentative de conciliation. Au Sénégal, en ce qui concerne les créances du fonds de garantie automobile du Sénégal, elles sont affectées « d'un privilège général sur les biens du débiteur responsable ou de son assureur en quelque lien qu'ils tournent ». Au-delà de ce privilège, il y a au préalable le privilège du

[30] Par Serge BRAUDO, conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, la "subrogation" est un mode de transmission des créances. C'est une opération juridique triangulaire. Le titulaire d'un droit de créance, appelé le subrogeant, transmet au bénéficiaire de la subrogation, appelé le subrogataire, la créance que le premier détient sur un tiers qui est son propre débiteur, dit le subrogé. Elle s'opère, soit du seul fait de la loi, soit en exécution d'un contrat. Lorsqu'elle est conventionnelle, elle doit être réalisée en même temps que le paiement. Les termes de la quittance doivent permettre de reconnaître que la subrogation a eu lieu en même temps que le paiement, sinon elle est nulle. Le consentement du subrogeant peut résulter d'un acte séparé rédigé avant l'intervention du règlement. Ainsi, la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré doit résulter de la volonté expresse de ce dernier manifestée concomitamment ou antérieurement au versement reçu de l'assureur (Chambre commerciale 21 février 2012, pourvoi n° 11-11145, BICC n°763 du 1er juin 2012 et Légifrance). Pour le cas du droit sénégalais des obligations, notamment à son article 249 du chapitre II la subrogation du code des obligations civiles et commerciales (Cocc), il est expliqué pour le premier cas, la subrogation est consentie par le créancier car « le créancier qui reçoit son paiement d'un tiers peut le subroger dans ses droits » ; et pour le second cas, la subrogation est consentie par le débiteur c'est-à-dire « le débiteur qui emprunte une somme d'argent ou une autre chose fongible pour payer sa dette peut subroger le prêteur dans les droits du créancier même sans le consentement de celui-ci. De l'article 251 du cocc Sénégal, la subrogation légale obéit à des conditions, autrement dit la subrogation de plein droit a lieu de plein droit au profit 1) des personnes tenues avec d'autres ou pour d'autres, 2) du créancier qui paie un autre créancier du débiteur de rang préférable au sien. Elle a lieu également de plein droit dans tous les autres cas prévus par la loi ».

Trésor public et des institutions de prévoyance sociale. Le fonds de garantie automobile, pour exercer ce privilège, dispose par tout moyen, notamment par l'opposition, la saisie-arrêt sur les sommes, objets et effets appartenant au débiteur. Le fonds sur les deniers du débiteur dispose d'un avis à tiers détenteur émis après la notification de la contrainte prévue à l'article 14 de la loi de 1997 et produit les mêmes effets que ceux d'un jugement de validation de saisie-arrêt passé en force de chose jugée ». Quant à l'avis du tiers détenteur, l'article 16 de la loi 97 précise que c'est le directeur général du fonds de garantie automobile qui le délivre par lettre recommandée avec accusé de réception ou selon les modalités d'une notification administrative. En outre, il est admis qu'en cas d'inexécution de l'avis à tiers détenteur, le tiers saisi devient personnellement le débiteur du créancier en lieu et place du débiteur principal (art. 16).

D'après ce qui a été mentionné précédemment, c'est dans le même sens que la loi française par son article L 21-6 du code des assurances au titre II, stipule que « le fonds de garantie peut intervenir même devant les juridictions répressives et même pour la première fois en cours d'appel, en vue notamment de constater le principe ou le montant de l'indemnité réclamée dans toutes les instances engagées entre les victimes d'accidents ou leur ayant droit, d'une part, les responsables ou leurs assureurs, d'autre part. Il intervient alors à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi ». Cette dernière partie développée renseigne sur ce qui fonde réellement la nature des similitudes qui ont découlé sur l'influence que le droit français continue d'exercer sur le droit sénégalais en matière de responsabilité civile du domaine spécifique du dédommagement des victimes d'accidents de la circulation.

Conclusion

Le Sénégal et la France sont deux nations qui sont liées depuis des siècles. Ce lien a eu des impacts sur plusieurs plans, à savoir économique, culturel, religieux et juridique. La réflexion autour de la thématique de l'influence du droit français sur le droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses a confirmé ce lien et nous a conduit à travailler sur un cadre historique afin d'appréhender les sources de l'influence du droit des obligations françaises sur le droit sénégalais pour ensuite retracer les points essentiels ayant permis au droit français de poursuivre son influence. En conséquence, le droit sénégalais de la responsabilité du fait des choses présente des similitudes avec celui du droit français. L'intérêt de cet article a été de montrer qu'effectivement la responsabilité du fait des choses du droit sénégalais est de source française depuis des siècles. En définitive, on peut se demander si ce lien entre les deux droits pourrait se couper un jour. Il est vrai que les réalités socio-culturelles sont très différentes, mais s'agissant de la responsabilité du fait des choses, les solutions proposées par le droit français sont avant tout de caractère technique. Elles sont aussi protectrices des intérêts des victimes, si bien qu'elles peuvent encore et peut-être toujours servir de modèle et, en tout cas, de source d'inspiration.

L'ARBITRE, LE JUGE PRIVÉ

Kora SENE
Assistant à l'Université numérique Cheikh Hamidou Kane

Résumé : L'arbitre apparaît comme un véritable acteur de la justice : il peut statuer sur des litiges de droit privé, se conformer aux exigences d'ordre public et, dans le cadre international, contribuer à l'uniformisation et à la sécurité juridique. Cette vision illustre l'essor du « libéralisme arbitral » qui fait de l'arbitre un acteur essentiel dans la régulation des rapports économiques et sociaux. En arbitrage, l'arbitre ne dispose ni de for ni de lex fori, son autorité ne reposant que sur la convention des parties. Certains auteurs soulignent que la réticence à admettre l'arbitrage en droit social tient à une méfiance injustifiée envers l'arbitre, supposé moins protecteur des salariés que le juge étatique. Or, rien ne permet d'affirmer que le juge d'État serait plus attentif aux intérêts du salarié que l'arbitre. Ce dernier peut parfaitement appliquer des règles garantissant la protection des parties faibles. Ainsi, l'arbitre apparaît comme un véritable juge privé, investi par la convention arbitrale d'un pouvoir juridictionnel complet. Sa mission consiste à trancher le litige confié par les parties, à l'instar du juge étatique, ce qui en fait un acteur de l'ordre public. Le choix de l'arbitre constitue une caractéristique essentielle de l'arbitrage, puisqu'il reflète la liberté des parties de désigner la personne qui réglera leur différend. Ce choix repose à la fois sur des considérations subjectives (confiance, réputation, connaissance de l'arbitre) et objectives (compétences et qualités professionnelles).

Introduction : Le XXI[e] siècle est marqué par un essor remarquable des modes alternatifs de règlement des différends[1], dans un contexte où la justice négociée[2] tend à supplanter la justice étatique traditionnelle. Cette préférence croissante pour les mécanismes[3] alternatifs touche désormais presque toutes les branches du droit, y compris le droit social, traditionnellement rattaché au monopole juridictionnel de l'État[4]. C'est dans ce cadre général que se pose la question de la place et du rôle de l'arbitre, figure centrale du processus arbitral.

Donner une définition précise de la notion de « l'arbitre »[5] n'est point une chose aisée car le statut juridique n'est pas très bien cerné. Face à cette situation, la doctrine a tenté d'élucider[6] la notion à travers ses aspects distinctifs. C'est dans cet élan qu'elle précise que « l'arbitre est un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige[7] ». L'arbitre peut être défini, selon la doctrine, comme un juge privé désigné par les parties pour trancher un litige déterminé, en vertu d'une convention d'arbitrage qui lui confère un véritable pouvoir juridictionnel. Investi d'une mission comparable à celle du juge étatique, l'arbitre est appelé à statuer dans le respect des règles applicables, y compris celles relevant de l'ordre public. Toutefois, son statut demeure singulier, puisqu'il ne

[1] O. BAH, *L'efficacité de l'arbitrage OHADA, le rôle du juge étatique*, Bruylant, 2020.
[2] A. PLANTEY, « L'arbitrage commercial international », *Annuaire français de droit international*, 1990.
[3] M. HUYS et G. HEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, 1981. t. VII.
[4] Société Almira Films c Pierre lès qual, Rev.Arb.1989, note L. IDOT.
[5] Le mot « arbitre » provient de l'expression latine « arbiter », qui signifie « maitre qui dispose à son gré, juge privé ». L'arbitre est la personne qui a la mission de trancher un litige déterminé. Il est investi par la convention d'arbitrage.
[6] À travers cette définition, plusieurs paramètres se voient. La première chose à retenir, c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résoudre des litiges comme le fait le juge ordinaire. Le mot « arbitre » provient de l'expression latine arbiter qui signifie « maitre qui dispose à son gré, juge privé ». (https://fr.wiktionary.org, lu le 28/ 07/2020).
[7] T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.

dispose ni de for ni de lex fori, et que son autorité repose exclusivement sur la volonté des parties[8]. Nous considérons que l'arbitre[9] constitue un véritable organe juridictionnel non étatique, exerçant une fonction de nature judiciaire comparable à celle du juge, mais en dehors de l'appareil institutionnel de l'État. Son autorité ne procède ni de la loi ni d'un pouvoir public, mais exclusivement de la volonté des parties qui l'ont librement désigné[10]. Toutefois, bien qu'il ne s'inscrive pas dans la structure judiciaire étatique, il n'en accomplit pas moins une mission juridictionnelle complète : il tranche le litige, dit le droit et rend une décision - la sentence arbitrale qui s'impose aux parties avec la même force qu'un jugement rendu par une juridiction étatique.

Le fait que l'arbitre soit choisi par les parties pour statuer sur leur différend met en lumière le fondement conventionnel du recours à l'arbitrage. À la différence du juge étatique, dont la compétence résulte directement de la loi, l'arbitre n'intervient que parce que les parties ont exprimé leur volonté de lui confier la résolution de leur litige. L'arbitrage se fonde ainsi sur un principe essentiel : l'autonomie de la volonté. Cette liberté de choix permet aux parties de retenir une personne dont elles apprécient particulièrement la compétence, l'expérience, l'impartialité ou la connaissance du domaine concerné. D'ailleurs, l'exclusivité de la compétence d'un tribunal est à distinguer de son caractère impératif[11]. Seul ce dernier exclurait toute autre compétence, qu'elle soit d'une juridiction étatique ou arbitrale. Le juge, contrairement à l'arbitre, est désigné compétent en vertu d'une loi qui a ainsi établi une limite à l'arbitrage. La règle de compétence exclusive, au-delà des inquiétudes d'organisation pour mieux le service public de la justice, correspond à une réelle volonté d'imposer le recours à la justice étatique[12].

La compétence exclusive n'interdit pas à l'arbitre de statuer sur un domaine d'ordre privé. Pour la doctrine, c'est plutôt la compétence impérative qui peut empêcher celui-ci de toucher à une matière qui est attribuée à une juridiction étatique. Certains penseurs estiment que la résistance de l'intervention de l'arbitrage en droit social réside dans la méfiance de l'arbitre. D'ailleurs, Monsieur Deprez écrit dans ce sens que le barrage à l'arbitrage « traduit une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. […] Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. […] On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques[13] ».

L'intérêt d'étudier l'arbitre aujourd'hui se justifie par l'évolution contemporaine du droit, notamment en Afrique avec le système OHADA, où l'arbitrage occupe une place croissante dans la régulation des relations économiques et, de plus en plus, sociales. Le développement du « libéralisme arbitral » interroge ainsi la capacité de l'arbitre à garantir à la fois efficacité, sécurité juridique et protection des parties faibles, dans un domaine – le droit du travail – historiquement dominé par la compétence impérative du juge étatique. La présente étude s'inscrit précisément dans cette dynamique. Elle

[8] « La lex loci est la loi du juge parce qu'elle est la loi de l'État dont il tient ses pouvoirs judiciaires. Or, si pour le juge la lex loci est celle de son « créateur » (Creator), l'arbitre a également un « créateur » : les parties en litige. Sa loi, la lex loci de l'arbitrage commercial international serait donc, en premier lieu, l'ensemble des directives contenues dans la convention arbitrale. Ces directives émanant des parties ne connaîtraient d'autres limites que les principes généraux de droit ». (F. EISEMANN, « La lex fori de l'arbitrage commercial international », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 34-36 années, 1973-1975. 1977.).

[9] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

[10] J. P. GRANDJEAN, et C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juil. 2012.

[11] E. LOQUIN, « Arbitrage. Compétence arbitrale », *Juris-Classer Procédure civile*, fasc. 1030.

[12] Sur cette distinction, que l'on doit notamment à Jean Vincent, v. Y. LEVY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », *Petites affiches*, 28 avr. 2003, n° 84.

[13] J. DEPREZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RDAI* 1990.833, spéc. n° 12.

vise, d'une part, à clarifier le statut de l'arbitre, souvent qualifié de « juge privé », et d'autre part, à analyser l'étendue de ses prérogatives, notamment son pouvoir d'appliquer et de sanctionner les règles d'ordre public. L'objectif est également d'apprécier si l'arbitre constitue une solution pour la modernisation du règlement des litiges sociaux ou, au contraire, un problème au regard de la protection des salariés.

Plusieurs hypothèses orientent notre réflexion. Nous postulons d'abord que l'arbitre dispose des qualités et des compétences nécessaires pour assurer une justice équitable, y compris dans le règlement des litiges sociaux. Nous supposons ensuite que la responsabilité de l'arbitre, notamment en présence d'un régime d'immunité comme celui reconnu dans l'espace OHADA, peut susciter des interrogations quant au juste équilibre entre l'autonomie de l'arbitrage et les garanties procédurales indispensables. Enfin, nous envisageons que l'arbitrage demeure compatible avec la protection des parties faibles, à condition que l'arbitre respecte strictement les normes d'ordre public social. Ces hypothèses conduisent à formuler la problématique suivante : Dans quelle mesure les qualités requises de l'arbitre et le régime de sa responsabilité permettent-ils de concilier efficacité de l'arbitrage et protection des droits des parties, notamment dans les litiges sociaux ? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner dans un premier temps les qualités et compétences attendues de l'arbitre (I), puis, dans un second temps, le régime de sa responsabilité et les garanties qui en découlent (II).

I. Les qualités de l'arbitre

La gestion des conflits est très délicate. L'arbitre, dans cette situation, doit jouer un rôle très important dans la justice. Une familiarité avec l'arbitre désigné peut mettre en péril le choix de l'arbitre. La tendance naturelle de la connaissance de l'arbitre est due à son professionnalisme dans le secteur, surtout avec son indépendance et non par un lien amical, familial ou professionnel. C'est pour cette raison que la doctrine a attiré l'attention sur le fait que des dangers peuvent guetter la liberté des parties au contrat sur la désignation de l'arbitre. Ce choix est risqué s'il y a le moindre soupçon de conflits d'intérêts avec les parties ou leurs conseils. La reconnaissance permet aux différentes parties de se livrer à des enquêtes pour avoir des informations sur les qualités personnelles et professionnelles des arbitres. Il faut préciser que cette reconnaissance s'établit lorsque l'indépendance de l'arbitre est mise en valeur. Il est fort heureux de constater que l'analyse comparée des différentes législations montre que le devoir d'indépendance de l'arbitre est consacré presque universellement aussi bien au plan national qu'au plan international. L'indépendance de l'arbitre est une marque de reconnaissance des parties à la convention d'arbitrage. La doctrine, dans ce sens, précise que « la vertu cardinale de l'arbitre est son indépendance[14]». Les parties reconnaissent l'arbitre et lui confèrent le pouvoir de juger car il doit être indépendant. Cette vertu de l'indépendance fait naître une grande confiance dans l'arbitrage. Il s'agit alors de voir les obligations permanentes de l'arbitre (A) puis de voir les obligations ponctuelles de l'arbitre (B).

A. Les obligations permanentes de l'arbitre

Les différents contractants sont liés à la convention d'arbitrage. La convention s'impose aux contractants. Ils n'ont plus la possibilité d'aller saisir les juridictions étatiques. Il faut préciser que la signature de la convention des situations qui lient les parties au contrat. Ainsi, ces dernières ont une obligation de respecter la convention arbitrale signée qui devient presque irrévocable. La convention d'arbitrage devient obligatoire et les acteurs économiques sont obligatoirement obligés de saisir l'arbitre pour soumettre leurs litiges contractuels. L'arbitrage international[15] laisse une grande

[14] M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ 2001

[15] En droit communautaire Ohada, la définition de l'expression arbitrage international n'apparait pas dans le traité créateur, ni dans l'Acte uniforme. La notion d'arbitrage international semble être mieux perçue à travers l'article 1er de l'Acte uniforme sur le droit de

manœuvre dans la gestion des litiges. Cependant, dans le climat dégradé qu'engendrent les nouveaux litiges, les parties et leurs conseils ne sont plus d'accord pour laisser aux arbitres les très larges pouvoirs que le droit international et les droits nationaux leur ont reconnus. S'agissant du droit que les arbitres appliqueront au fond du litige, les parties se méfient de l'assouplissement de la méthode conflictualiste, qui permet de déterminer librement la loi applicable, sans avoir à se référer à un droit international privé déterminé. La recherche d'une « règle de conflit appropriée », ou la méthode « syncrétique » consistant à utiliser concurremment les règles de rattachement de plusieurs systèmes nationaux de conflits de lois, deviennent suspectes, car ces nouveaux mécanismes laissent aux arbitres une liberté qui sera jugée excessive[16]». Sur ce point, sont extrêmement importantes les qualités de l'arbitre dans la gestion des conflits. La permanence provient de ce que ces obligations s'imposent à l'arbitre quelle que soit la phase de l'instance arbitrale dans laquelle l'on se situe. Plusieurs obligations peuvent être recensées ici : l'obligation d'indépendance et d'impartialité (1), l'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation (2).

1. L'obligation d'indépendance et d'impartialité

La plupart des pays ont fait de l'indépendance[17] de l'arbitre un principe fondamental. L'indépendance de l'arbitre est consacrée par beaucoup de textes[18]. Il en est ainsi des règlements d'arbitrage de la CNUDCI[19], du CIRDI[20] et de la CCI[21]. En droit Ohada, l'indépendance et l'impartialité sont des exigences fondamentales du droit de l'arbitrage. L'arbitre doit obligatoirement « demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties[22]». L'existence d'une relation quelconque pourrait conduire à une remise en cause de la capacité de l'arbitre de trancher le litige. Une partie pourra valablement soulever la partialité de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle Monsieur Meyer a tenu à rappeler que « l'indépendance est une présomption d'impartialité[23]». L'indépendance et l'impartialité des arbitres permettent d'éviter les conflits d'intérêts. Un conflit

l'arbitrage qui précise que « le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États-Parties ». Pour mieux élucider la notion de siège, la doctrine a estimé que l'internationalité « n'est pas inéluctable si l'on définit la nationalité de l'arbitrage au moyen d'un seul critère qui n'a trait ni à la convention d'arbitrage, ni aux litiges soumis aux arbitres, mais en se référant exclusivement au siège de l'arbitrage ». (P. MEYER, OHADA Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002).

[16] P. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international », *Revue de droit de McGill*, 1989.

[17] La notion d'indépendance est fortement liée à l'absence d'autorité. Cela traduit l'idée selon laquelle l'arbitre ne doit être soumis à aucune pression ni à aucune autorité dans l'exercice de sa mission. En d'autres mots, il ne doit être sous les ordres d'aucune personne. Il faut faire remarquer que les vocables « indépendance » et « impartialité » présentent des singularités. Si l'indépendance est une idée réelle et observable car synonyme d'absence de lien personnel et professionnel entre l'arbitre et une partie, l'impartialité est un concept mental très énigmatique à prouver. C'est la raison pour laquelle certains acteurs de la doctrine dont dépend l'impartialité ont comme « une disposition d'esprit ou un état psychologique » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996). C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine a attiré l'attention sur les concepts à utiliser. De ce fait, elle a précisé que la « partialité est quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime ». (A. REDFERN, et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 1994). L'indépendance de l'arbitre peut être définie comme étant l'essence de sa fonction juridictionnelle. (T. LAURIOL, « Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage CCJA », Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 11, 2000). De façon générale, il a été remarqué que dans la pratique de l'arbitrage, l'autonomie et l'indépendance de l'arbitre se manifestent par une totale absence de relations d'alliance, de parenté et de collaboration avec l'une des parties.

[18] Elle résulte des garanties statutaires qui mettent l'arbitre à l'abri des pressions ou menaces qui pourraient peser sur sa faculté de trancher un litige. Les conventions internationales et des règlements d'arbitrage admettent le même principe, c'est-à-dire que l'arbitre doit demeurer impartial et être indépendant.

[19] Article 2, al.2 : « Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle va participer que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ».

[20] Article 14, (1) : « Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante ».

[21] Article 11, al. 1 : « Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause ».

[22] Article 6, al. 2, de l'Acte sur l'arbitrage.

[23] P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, édition Bruylant, 2002.

d'intérêts est une « situation dans laquelle la mission professionnelle ou institutionnelle confiée à une personne entre en conflit avec son intérêt propre, de sorte que l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité de son jugement en sont altérées[24]». Autrement dit, il est perçu comme la contradiction chez un seul arbitre entre un intérêt personnel et un intérêt tiers dont il a la charge, le mettant ainsi en position de faire prévaloir le premier au détriment du second[25].

Il devient fréquent de rencontrer des arbitres maison ou arbitres des partisans qui sont considérés comme des dérapages[26] ou dérives arbitrales[27]. La doctrine[28] a énuméré les principales dérives qui peuvent créer une situation pareille : la charge excessive, la convoitise, les manœuvres dilatoires des parties, le lien de dépendance, et la publicité faite autour des institutions d'arbitrage. Avec le principe de la confidentialité de l'arbitrage, beaucoup d'arbitres peuvent servir deux parties à la fois. Face à cette situation, des penseurs comme LALIVE ont porté un regard assez critique sur les causes. Ainsi, la commercialisation[29] de l'arbitrage a été indexée comme étant l'origine et la cause principale des dérives. De ce fait, ces situations peuvent être des sources de beaucoup de conflits d'intérêts potentiels pouvant handicaper au bon règlement du litige. De façon concrète, il a été remarqué d'une part la situation où « l'arbitre avait été nommé 35 fois par une même partie, et dans l'autre 51 fois ; ce qui caractérise de manière flagrante un véritable « courant d'affaires » entre l'arbitre et la partie qui le nomme régulièrement et systématiquement[30] ». Il y a aussi le cas de l'arbitrage de Bernard Tapie qui est au cœur de l'actualité. Dans cette affaire, l'arbitre avait oublié de mentionner les liens qui le liaient à l'avocat de Bernard Tapie. D'ailleurs, il a signé une fausse déclaration d'indépendance où il a affirmé ne pas être lié à un des partis en présence. Mais il apparaît qu'entre 1997 et 2006, l'arbitre a reçu 42 % de ses honoraires en travaillant pour les avocats de Bernard TAPIE[31]. Des acteurs économiques étant liés par une convention arbitrale, n'hésitent pas à utiliser le conflit d'intérêts pour éjecter des arbitres et perturber ainsi le bon déroulement de la procédure arbitrale au niveau de la constitution du tribunal arbitral et même après le prononcé de la sentence.

2. L'obligation de confidentialité et de révélation

La posture de l'arbitrage américain était largement éreintée et blâmée par beaucoup de praticiens de l'arbitrage. Des pays comme la France, la Suisse et le droit Ohada ne pouvaient admettre que l'arbitre puisse se comporter en défenseur et avocat des parties. C'est ce qui a amené la réforme de 2003, avec la modification du règlement qui précise d'abord au niveau de la règle 17 que « tout arbitre est impartial et indépendant et exerce ses fonctions avec diligence et de bonne foi, et sera sujet à la disqualification pour partialité ou manque d'indépendance[32] ». La règle 12 attire l'attention sur le fait que « lorsque les parties ont convenu que chaque partie doit nommer un arbitre, les arbitres nommés doivent satisfaire aux normes de la section R-17 en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance, sauf si les parties ont spécifiquement convenu

[24] G. CORNU, *Le vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

[25] Avec le développement de l'arbitrage, dans le monde des affaires, il devient courant de remarquer les relations croisées entre les acteurs économiques et les arbitres. « Nul serviteur ne peut servir deux maîtres. Car, ou il haïra l'un et aimera l'autre ; ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et Mamon ». (Extrait de l'évangile de Luc, chapitre 16, verset 13. https://fr.wiktionary.org, vu le 30/05/2019). Cette parole évangélique est très bien placée pour interdire les conflits d'intérêts qui sont considérés comme une calamité, une catastrophe et un désastre pour l'arbitrage.

[26] Il s'agit dans la pratique de l'arbitrage, des arbitres qui sont fréquemment désignés et cela de façon intermittente et récidivante par les mêmes parties dans des procédures d'arbitrage. Ces derniers se comportent le plus souvent comme des avocats en défendant la partie qui les a nommés.

[27] P. LALIVE, « Dérives arbitrales », *Bull. ASA*, 2006, Vol. 24.

[28] P. LALIVE, « Inquiétantes dérives de l'arbitrage CCI », *Bull. ASA*, 1995, Vol. 13.

[29] P. LALIVE, « Sur une commercialisation de l'arbitrage international », *LexisNexis*, 2004.

[30] Actualité Arbitrage, Indépendance et impartialité des arbitres, http://www.ohada.com, lu le 01/01/2021.

[31] https://fr.wikipedia.org, vu le 3/05/2019.

[32] AAA Rules 2003, R-17: (a) any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for partiality or lack of independence ».

conformément à la section R-17 que les arbitres doivent être non neutres et n'ont pas besoin de respecter ces normes[33] ».

Le législateur OHADA, pour faire face à cette situation, a adopté une approche préventive avec l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. C'est une option pour anticiper sur d'éventuelles situations de conflit d'intérêts ou d'indisponibilité des arbitres. En l'absence de définition de ce que peut être une « circonstance de nature à créer dans son esprit un doute légitime », il est fait obligation à l'arbitre de révéler « toutes circonstances » sans distinction. C'est aux parties qu'il revient d'apprécier le ou les faits révélés par l'arbitre et d'exercer, le cas échéant, leur droit à récusation. Dans la même logique que le droit Ohada, la Cour de cassation française a évoqué l'obligation d'information de l'arbitre. Elle a précisé qu'avant « d'accepter sa mission, révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation[34]». Autrement dit, l'arbitre est « tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation[35]». Dans la même mouvance, le constat général est que la jurisprudence française[36] s'est déterminée de manière claire en précisant que les décisions du juge d'appui sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont dotées de l'autorité de la chose jugée. La tendance de la jurisprudence est depuis longtemps de sanctionner[37] le manque de l'obligation de révélation de l'arbitre lorsqu'il y a demande de récusation d'une partie. Il faut cependant une chose assez importante concernant l'obligation d'information de l'arbitre. « Une révélation n'implique pas l'existence d'un conflit d'intérêts. Un arbitre qui a fait une révélation aux parties se considère comme impartial et indépendant des parties, malgré les faits révélés, sinon il/elle aurait refusé sa mission ou aurait démissionné. Un arbitre qui fait une révélation se sent ainsi capable d'accomplir sa mission. Le but de la révélation est de permettre aux parties de juger si elles sont d'accord avec l'évaluation de l'arbitre et, si elles le souhaitent, d'examiner davantage la situation[38]». La liberté des parties dans l'arbitrage est importante. Ce qui pousse le législateur à mettre en place des obligations à l'arbitre.

B. Les obligations ponctuelles de l'arbitre

Le monde actuel est dominé du droit des affaires par un libéralisme. Cette nouvelle ouverture est fortement inspirée par la philosophie économique qui semble prendre une place importante dans l'environnement des affaires. Dans ce milieu, le droit de l'arbitrage occupe une place prépondérante. Étant un outil qui échappe à l'emprise des juridictions étatiques, l'arbitrage est devenu un indicateur de la performance d'un ordre juridique donné. Ainsi, pour une bonne gestion des contentieux, il faut impérativement avoir des acteurs qui sont chargés de prendre en charge l'intégration des « paramètres de sécurité juridique et de rapidité dans le traitement des litiges nés de l'application des textes communautaires[39]». À ce niveau, l'arbitre est un élément indispensable dans l'arbitrage. En dehors du juge étatique, il est reconnu que l'arbitre est la seule personne à- qui le droit accorde un pouvoir juridictionnel. De ce fait, pour l'efficacité du droit de l'arbitrage, l'arbitre a une certaine obligation ponctuelle. Il s'agira de voir l'obligation de disponibilité (1) et l'obligation de confidentialité (2) de l'arbitre.

---

[33] AAA Rules 2003, R-12 (b) : « Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17 (a) that, the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards. »

[34] Arrêt-11-11084-Cass-1er-fev-2012 du 1er février 2012.

[35] Arrêt n° 963 du 20 oct. 2010 (09-68.997) - Cour de cassation - Première chambre civile.

[36] TGI Paris, 19 déc. 2012, Fairplus, Civ. 1re, 13 mars 2013, n° 12-20.573.

[37] Cass. 2e civ., du 6 déc. 2001, 00-10.711, Inédit. Arrêt n° 962 du 20 oct. 2010 (09-68.131).

[38] Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International, Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA (International Bar Association), le jeudi 23 octobre 2014. ISBN : 978-0-948711-36-7.

[39] J. ISSA-SAYEGH, « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », in Mélanges en l'honneur de Roger DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003.

Les éléments subjectifs que sont la reconnaissance et la confiance sont renforcés par un autre facteur objectif qui permet de mieux rassurer les parties et aussi de sécuriser le droit de l'arbitrage. C'est le facteur de la disponibilité. Dans leur prospection de l'arbitre chimérique et idyllique, les parties au contrat vont prendre en compte la disponibilité. L'arbitre, qui se trouve dans une relation de confiance avec les parties, qui l'ont investi de la mission de régler leur litige, doit être disponible. « Un arbitre pressenti ne doit accepter la mission qui lui est proposée que […] s'il s'est assuré de sa disponibilité pour arbitrer le litige dans des délais raisonnables au regard des circonstances et de la complexité du litige[40] ». Cela suppose qu'il accorde un grand soin à sa mission dans la mesure de ses potentialités tout en agissant avec célérité et efficacité de sorte à ne pas laisser s'écouler les délais de l'arbitrage jusqu'à son extinction. En droit Ohada, l'arbitre doit satisfaire aux exigences de compétence, de disponibilité et de diligence. L'obligation de disponibilité est tacitement consacrée par le droit Ohada qui insiste particulièrement sur le fait que « l'arbitre s'engage à poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission[41] ». Cette exigence est d'une importance capitale, raison pour laquelle l'arbitrage CCJA insiste sur le fait que l'arbitre « doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité[42] », ce qui voudrait dire qu'il doit disposer du temps nécessaire à la bonne exécution de sa mission. Dans la pratique, pour pousser les arbitres à faire part de leur disponibilité, les centres d'arbitrage remettent le plus souvent un formulaire aux arbitres pressentis. Ces derniers sont invités à indiquer le nombre d'arbitrages en cours dans lesquels ils interviennent, comme arbitres. Ils sont aussi invités à énoncer des activités susceptibles d'occuper leurs agendas. Des études ont démontré que « la disponibilité de l'arbitre doit être vérifiée car elle est un facteur d'efficacité de l'arbitrage[43] ». C'est dans ce sens que la Chambre de commerce internationale exige de l'arbitre la signature d'une déclaration de disponibilité. En effet, « avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité […]. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. […] Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles[44] ». C'est impératif de vérifier la disponibilité de l'arbitre, il est bien démontré que l'arbitrage national et international se réalise entre quelques arbitres. Autrement dit, presque les mêmes arbitres, dans la plupart, gèrent les dossiers d'arbitrage. Ainsi, il arrive qu'ils soient envahis et débordés. Ce qui peut entraver gravement la célérité voulue dans l'arbitrage.

La rapidité de l'arbitrage fait partie des arguments indiscutables et infaillibles de ce mode de résolution de conflits. Le temps de l'arbitrage est tellement important que le législateur Ohada, lors de la dernière réforme, a instauré des délais astreignants pour la constitution du tribunal arbitral. Les différents acteurs ne désirent pas d'une sentence rendue après un délibéré d'une durée exagérée. En choisissant un arbitre reconnu pour la célérité avec laquelle il rend ses décisions, les parties peuvent s'assurer que leurs litiges seront résolus dans un délai raisonnable[45]. En Ohada, « si la convention

[40] Article 2, 1, charte éthique des centres membres de la Fédération des centres d'arbitrage.
[41] L'article 7 al.2 de l'AUA.
[42] L'alinéa 2 de l'article 4-1 du RA/CCJA.
[43] J. P. GRANDJEAN, et C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 4, juillet-août 2012.
[44] Article 11 al. 2 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.
[45] Le plus souvent, l'arbitrage est encadré dans un délai légal ou un délai fixé dans un règlement. Il peut arriver que le délai soit fixé par un calendrier de procédure retenu par le Tribunal et les parties. Il est remarqué à travers plusieurs législations qu'en théorie, la sentence doit être rendue dans un délai maximal de six mois. Si, certains systèmes comme l'arbitrage Montréal ont la possibilité de trancher définitivement des litiges entre 12 à 18 jours (https://www.arbitragemontreal.com/arbitrage, lu le 02/11/2020), les arbitrages administrés par le Centre de médiation et d'arbitrage durent en moyenne 10 à 12 mois (https://www.cmap.fr, lu le 12/11/2020). Dans la pratique, un bon arbitrage est toujours moins long qu'une procédure devant le juge étatique.

d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée[46] ». Tous ces éléments montrent l'importance du délai qui est pris en compte dans l'efficacité de l'arbitrage.

La rapidité dans la procédure va de pair avec la qualité[47]. La rapidité dans la procédure va de pair avec la qualité. L'arbitrage institutionnel offre une justice de meilleure qualité dans la mesure où elle est administrée par des spécialistes. L'arbitrage institutionnel aboutit à une justice plus discrète, d'où la confidentialité est de rigueur. La confidentialité est le caractère réservé d'une information ou d'un traitement dont l'accès est exclusivement limité aux seules personnes admises à la connaître pour les besoins du service, ou aux entités ou processus autorisés. Ce qui conduit à une justice conviviale qui peut faciliter la continuation des relations d'affaires. Le règlement de la CCJA n'échappe pas à cette tendance généralisée de la confidentialité de l'arbitrage. Il précise que « la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que les réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente[48] ». Il s'agit ici du principe de la confidentialité qui est posé. L'arbitrage institutionnel a des inconvénients. Le choix de l'arbitrage institutionnel a pour conséquence de soumettre les parties à son règlement. Les parties ont l'obligation de s'informer sur le règlement d'arbitrage gouvernant l'administration de l'arbitrage et la procédure arbitrale. Pour les coûts, il faut signaler que certains barèmes des grands centres d'arbitrage institutionnel sont parfois élevés.

Le droit de l'arbitrage institutionnel est véritablement encadré par des centres d'arbitrage qui contrôlent le choix des arbitres, la procédure, l'application de la jurisprudence élaborée par les centres et la supervision du déroulement de l'instance. Il jouit d'une grande performance surtout avec le manque de confiance entre les parties et les arbitres. C'est la raison pour laquelle la doctrine estime que la plus grande efficacité de l'arbitrage institutionnel est obtenue au prix d'un certain affaiblissement de la relation de confiance personnelle qui devrait unir les parties et les arbitres, d'une plus grande lourdeur dans la mise en place du tribunal arbitral sans pour autant toujours donner aux parties les garanties de bonne justice que celles-ci peuvent attendre des juridictions publiques[49]. Donc, les règlements des institutions d'arbitrage ont tendance à limiter la liberté des parties quant au choix des arbitres[50]. En pratique, il est constaté que certains acteurs économiques, engagés dans l'arbitrage, souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres. Il faut signaler aussi que, même si l'arbitrage CCJA est un véritable instrument de sécurité juridique, il présente une lourdeur assez inquiétante, ce qui est contraire à la philosophie de l'arbitrage. C'est pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que « s'agissant de la lenteur dans le traitement des dossiers, il convient de rappeler que les procédures judiciaires, arbitrales et consultatives sont enfermées dans des délais qui sont la plupart du temps très longs et profitent aux parties de mauvaise foi[51] ». Pour le cas de la confidentialité, il est bien de faire remarquer que les parties à l'arbitrage y sont très profondément attachées.

---

[46] Article 12, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

[47] Le recours à l'arbitrage a pour effet de contribuer à désengorger les juridictions étatiques, dont la lenteur accusée est grandement due au nombre important d'affaires à trancher. La rapidité, c'est le fait d'écarter des lenteurs administratives et des formalités de la procédure. L'arbitrage institutionnel permet ainsi d'éviter les risques de léthargie et de paraplégie au niveau de la procédure d'arbitrage. Cela a une importance dans la rapidité de l'arbitrage et surtout, il sert à assurer aux décisions arbitrales une qualité et une efficacité. L'Ohada tient à la rapidité de l'arbitrage. C'est pour cette raison que l'article 12 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage précise que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée ».

[48] Article 14 du Règlement CCJA.

[49] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 974.

[50] E. ROBINE, « Le choix des arbitres », *Rev. Arb*, 1990, No. 2.

[51] P. LENDONGO, *Bilan et perspectives de la gestion des affaires portées devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, de l'installation à 2017*, Edition mars 2018.

« Rien ne pèse tant qu'un secret. Le porter loin est difficile […] »[52] disait un grand connaisseur de la nature humaine et il serait difficile d'assurer qu'il puisse être conservé, en matière arbitrale, d'une manière tout à fait absolue ou beaucoup plus stricte que d'autres types de secrets professionnels; d'où il résulte inévitablement que, plus une institution est importante, plus grande sera la probabilité d'entorses au principe de la confidentialité. Le risque ne peut que s'accroître s'il s'agit d'un organisme comprenant de nombreux membres, provenant de pays variés, aux traditions et coutumes diverses, et aux domiciles éloignés. Les institutions sont certainement très conscientes de ce risque, qui ne doit être ni surestimé, ni ignoré.

II. Les responsabilités de l'arbitre

Le sens de « responsabilité » renvoie « à celui qui se porte caution[53] ». L'expression « responsabilité[54] » renvoie à une situation de manquement à un devoir ou bien à une obligation prescrite par une norme, et la personne se voit exposée aux conséquences. Il est important de signaler ici que le responsable doit obligatoirement subir les conséquences du manquement à un devoir, une obligation. En droit de l'arbitrage, pour mieux améliorer l'accessibilité et la prévisibilité de la gestion des conflits, la doctrine précise qu'il faut nécessairement mettre en place une obligation de sécurité. Cela suppose de veiller à la sécurité des parties au contrat et de les préserver d'éventuels dommages[55]. La responsabilité civile est un élément important car elle est comme facteur de règlement de comportement social. C'est ainsi que, dans le cadre de l'arbitrage, l'arbitre peut voir sa responsabilité contractuelle engagée en cas de manquement à ses obligations. La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre est une conséquence de la force obligatoire du contrat. La doctrine[56] a toujours énoncé qu'il est assez rare, dans les annales de jurisprudence, de trouver des situations où un arbitre a été obligé de s'acquitter des dommages-intérêts qu'il aurait causés à une des parties au litige. Cela peut s'expliquer par le fait que les arbitres sont consciencieux dans l'exécution de leurs devoirs. Ainsi, ils font beaucoup d'efforts pour ne pas commettre d'erreurs. « Il existe deux tendances, celle qui déresponsabilise totalement l'arbitre au motif que ce dernier est doté de pouvoirs et de missions qui l'absout en quelque sorte de toute faute, il est ainsi mis sur le même pied d'égalité que le juge ». Il s'agit de voir d'une part la non-responsabilité de l'arbitre (A) et d'autre part la responsabilité civile de l'arbitre (B).

A. La non-responsabilité de l'arbitre

La non-responsabilité de l'arbitre paraît être une vision commune de beaucoup de législateurs. Dans le monde des affaires, le constat général qui se dessine est que les acteurs chargés d'organiser et de conduire l'arbitrage bénéficient d'une immunité dans l'exercice de leurs fonctions. Il s'agit de la neutralisation des liens contractuels entre les arbitres et les différentes parties à l'arbitrage. La non-responsabilité est constituée de l'ensemble des dispositions qui visent à sécuriser l'arbitre contre les actions intentées à son encontre par les différentes parties au contrat. Son fondement résulte de la nature juridictionnelle de sa mission. Il s'agit de voir les règles qui organisent l'immunité des arbitres (1), qui est largement inspirée de celle reconnue au juge de l'État. Cette conception est largement partagée par le législateur Ohada. Cependant, il faut signaler que certains États n'ont qu'une reconnaissance de l'immunité partielle à l'arbitre (2). La responsabilité de l'arbitre ne peut être engagée pour mal juger.

---

[52] J. LA FONTAINE, *Les Femmes et le Secret*, Fables VIII, 6.

[53] G. VINEY, cité par J.C MUBALAMA ZIBONA, « le concept de la responsabilité. Regard du juriste et du philosophie », *in Revue scientifique de l'Université Laïque Adventiste de Kigali*, n° 3, 2008.

[54] Étymologiquement le terme responsabilité vient du mot latin « respondere » qui signifie « répondre de, se porter garant », il est apparenté à « sponsio » qui veut dire « promesse ». Le vocable donne une idée sur ce qu'il doit être fait selon les convenances. En des termes clairs, la responsabilité a une connotation « d'assumer ses promesses ».

[55] S. HOCQUET - BERG, « Le fabuleux destin de l'obligation de sécurité », Resp.civ et assur. n° 2, 2019, dossier 4

[56] C. FOUCHARD, *Statut des Arbitres Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 586-7-3, n° 135.

1. L'immunité quasi-totale pour l'arbitre

L'arbitre est un acteur professionnel du droit des affaires ; ainsi, il est un élément de qualification du droit qui peut engager sa responsabilité pénale. Il est important de rappeler que le droit pénal sanctionne les obligations professionnelles de façon indépendante des intérêts privés. L'objectif de cette responsabilité pénale est de veiller à assurer le respect des obligations professionnelles. Le fait de pouvoir engager la responsabilité pénale de l'arbitre semble être une bonne chose qui garantit le bon déroulement des procédures arbitrales. Cependant, il existe aujourd'hui un risque accru qu'une partie à un arbitrage engage des poursuites pénales contre un ou plusieurs arbitres dans le seul but de déstabiliser ou de bloquer la procédure arbitrale. De façon générale, le constat est que l'arbitre jouit d'une immunité. Cela, en raison de ce qu'il a jugé. Autrement dit, il s'agit de l'immunité de l'arbitre à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Les autorités étatiques ont pris conscience de ne pas permettre aux différentes parties d'engager la responsabilité de l'arbitre en raison de ce qu'il a jugé. La jurisprudence a très tôt protégé l'arbitre. Il exerce une fonction judiciaire. Dans cette situation, il devrait bénéficier d'une protection, pour des motifs d'ordre public. La propension des parties à mettre en cause la responsabilité des arbitres est le pendant du caractère limité des cas d'ouverture des voies de recours contre la sentence arbitrale, et justifie d'ailleurs l'idée de rejet d'une immunité absolue de l'arbitre dans l'exercice de sa mission. Cette approche est inspirée de la théorie selon laquelle le pouvoir juridictionnel de l'arbitre lui est délégué par l'État. Ainsi, c'est l'autorité étatique qui permet à l'arbitre d'exercer une mission qui lui est réservée. En effet, il est acquis que l'arbitre « bénéficie, en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle de sorte qu'il n'est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice[57]». Il faut noter qu'avec l'affaire Bombard, la jurisprudence a déclaré irrecevable l'action engagée contre l'arbitre aux motifs que « la faute alléguée se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel et constitue une critique de la valeur des motifs énoncés par la sentence […][58]». La doctrine a fortement contribué à expliquer les raisons de l'attribution de l'immunité à l'arbitre en raison de ce qu'il juge[59].

L'arbitre est un juge et la nature de sa mission recommande un régime de responsabilité particulier. Ainsi, comme le juge, il bénéficie d'une certaine immunité qui peut lui permettre de pouvoir statuer sereinement. Il ne faut pas oublier que la fonction de juger va de pair avec la liberté de décision que seule une certaine immunité peut préserver. Dans beaucoup de pays[60] de Common Law, les législateurs ont reconnu de façon expresse une large immunité à l'arbitre. En Angleterre, l'immunité est prévue par la loi[61]. Cette affirmation de l'immunité de l'arbitre en droit anglais a été rapprochée

[57] Cass. 1re civ., 15 janv. 2014, n° 11-17.196, Azran, Bull. civ. 2014, I, n° 1.

[58] 22 mai 1991 (Bompard), Rev. Arb., 1996.

[59] M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Journ. Intern. Arb*. 2015.313 ; J.-S. BORGHETTI, note sous Cass. 1re civ., 15 janv. 2014 et Paris, 31 mars 2015, *Rev. Arb*. 2016, spéc. ; L. AYNES, note sous Cass. 1er civ., 15 janv. 2014, *Journ. Intern. Arb*., 2014.299 ; E. LOQUIN, « La dualité du régime de l'arbitre », *JCP G*., 2014, doctr. 255 ; Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

[60] Bien qu'ayant reconnu la validité de la convention arbitrale, les différents systèmes juridiques, à savoir le Common Law et le Civil Law, n'ont pas la même manière d'appréhender l'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre. Si, à travers le système de Common Law, l'arbitre bénéficie d'un principe d'immunité quasi-totale de poursuites au civil, dans le système juridique des pays de droit civil, comme le droit français, force est de dissocier entre les obligations nées purement de la mission contractuelle de l'arbitre et celles nées de la nature juridictionnelle. Le manquement au premier groupe des obligations peut engager la responsabilité civile de l'arbitre selon le régime de droit commun. Mais quant au deuxième type d'obligations, l'arbitre, comme juge, bénéficie du principe d'immunité de poursuites au civil sauf s'il a commis des fautes dolosives, frauduleuses ou une faute lourde équivalente au dol. La doctrine a précisé que « le contrat d'arbitre se situant au confluent du juridictionnel et du contractuel, la responsabilité de l'arbitre doit se chercher au même endroit, c'est à dire en tenant compte de la coloration juridictionnelle de sa mission contractuelle ». (Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 931).

[61] L'article 29 confère à l'arbitre l'immunité contre les actions en responsabilité civile. Il précise que « l'arbitre ne peut être tenu responsable des actions ou omissions commises par lui dans le cours de ses fonctions à moins que la preuve de sa mauvaise foi ne soit rapportée. […] Cette section n'affecte pas la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'arbitre pour les dommages causés

d'une consécration comparable dans d'autres pays tels que les États-Unis, le Canada ou encore l'Australie, à tel point que l'on a pu parler d'une approche spécifique aux systèmes de Common Law.

2. La reconnaissance potentielle de l'immunité relative de fonction

En droit Ohada, il faut signaler que l'arbitre choisi par le CCJA est exonéré de toute responsabilité dans l'exercice de ses missions[62]. De ce fait, il bénéficie d'une immunité totale. Il faut noter qu'il est évident de signaler que la protection de l'indépendance de l'arbitre ne peut être assurée que si les parties sont dans l'impossibilité de pouvoir engager sa responsabilité. À travers l'article 49 du Traité, le législateur Ohada a précisé que « dans les conditions déterminées par un règlement, […] les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques ». Cela signifie que l'arbitre ne peut être trainé devant une juridiction pour faute même intentionnelle ou grave commise dans l'exercice de ses fonctions. Le Traité, le législateur Ohada, en tant qu'autorité publique dans sa zone, a accordé cette immunité pour une finalité d'intérêt général. Il n'est pas permis de critiquer, ni de reprocher à l'arbitre de n'avoir pas bien statué. C'est pour une raison de protection qu'une immunité fonctionnelle lui est reconnue car il est considéré comme un juge. En effet, dès l'acceptation du contrat d'arbitre avec les différentes parties au contrat, l'arbitre possède, dès acceptation de sa mission, le statut de juge grâce au contrat d'investiture. Pour une bonne exécution de sa mission, l'arbitre est outillé et dispose ainsi des mêmes droits qu'un juge. Il devient obligatoire pour lui de suivre les règles applicables pour un bon déroulement de la procédure d'arbitrage. L'Ohada, en prenant cette option de protection, s'est inspirée du système juridique de la Common Law qui fait bénéficier à l'arbitre de l'immunité de juridiction. Il devient ainsi à l'abri des poursuites pour les décisions prises dans l'exercice de ses fonctions. Cela veut dire que sa responsabilité ne doit pas être mise en cause pour des actes directement liés à sa mission juridictionnelle. Toute action en responsabilité contre un arbitre est déclarée irrecevable. Il faut cependant préciser que seul l'arbitre désigné par le CCJA est protégé. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'une partie de la doctrine ne cesse de décrier que « l'octroi de cette immunité à l'arbitre exerçant sous l'égide de la CCJA est constamment remis en cause. Pour certains, cette immunité est qualifiée d'incompréhensible, de malencontreuse et choquante, parce que limitée à une catégorie d'arbitres. Pour d'autres, elle n'est tout simplement pas justifiée parce que les arbitres ne font pas partie du personnel de l'Ohada. L'immunité diplomatique est traditionnellement conçue comme une protection offerte par tout État aux diplomates qui le représentent à l'étranger, ainsi qu'à leur famille. L'objectif de cette immunité n'est pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États[63] ». Ce qui veut dire que la responsabilité de l'arbitre peut être engagée.

B. La responsabilité civile de l'arbitre

Dans l'arbitrage, les différentes parties sont liées avec l'arbitre par une convention. Il est clair que les relations entre parties et arbitres relèvent d'un caractère contractuel. D'ailleurs, la jurisprudence a, d'une part, qualifié le contrat d'arbitrage comme étant un

---

du fait de sa démission ». Arbitration Act 1996 Section 29, annexe n° 1. «An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. […] This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning. »

[62] Le législateur Ohada a accordé une protection absolue à l'arbitre désigné par le CCJA. Comme le législateur américain, il a déresponsabilisé l'arbitre et lui a accordé une large protection. Cette situation permet d'affirmer que l'arbitre et le juge étatique des États-Membres de l'Ohada bénéficient sur le plan de la responsabilité, du même régime juridique étant donné la nature juridictionnelle de la mission qu'ils accomplissent.

[63] R. MAFO DIFFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en Droit OHADA ? », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, 2016, p. 15.

contrat de prestation de service[64] et a, d'autre part, rapproché le contrat d'arbitrage d'un contrat sui generis[65]. Autrement dit, le contrat sui generis est un contrat qui n'est réductible à aucune catégorie préexistante[66]. Cela traduit qu'il constitue à lui tout seul un nouveau type de contrat. Dans cette situation, l'arbitre est relié aux parties contractantes. Dans l'exercice de ses fonctions, l'arbitre peut avoir un manquement qui constitue une faute. La doctrine a défini la faute comme étant une « activité qui se trouve à l'origine du dommage, une activité pouvant être personnelle au responsable ou résulter des agissements d'autrui ou du comportement d'une chose dont il doit répondre[67] ». Il s'agit alors pour l'arbitre des obligations tant précontractuelles qui proviennent dès qu'il accepte de la convention d'arbitrage. La volonté et l'acceptation se matérialisent avec la signature du contrat d'arbitre. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre peut être déterminée en cas de manquement. Il sera alors dans une obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences pour effacer le désordre causé[68]. De ce fait, la responsabilité de l'arbitre peut se présenter sous la responsabilité civile contractuelle (1) ou bien sous la responsabilité pénale (2).

1. La responsabilité civile contractuelle

L'arbitre peut voir sa responsabilité[69] engagée conformément aux dispositions précitées. Sa responsabilité est engagée sur la base du contrat qui le lie aux différentes parties de la convention, pour tous les actes commis par lui dans l'accomplissement de la mission confiée par les parties. Dans ce sens, le législateur sénégalais a précisé qu'est « responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui[70]». Ce principe de la responsabilité de l'arbitre est reconnu par la Cour de cassation qui a précisé que « les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique et ne pouvant, par suite, engager la responsabilité de l'État énoncée par l'article 505 du Code de procédure civile […], l'action en dommages-intérêts dirigée contre eux à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun[71]». Les arbitres, étant des prestataires de services, sont alors dans l'obligation de répondre de leurs négligences et manquements[72] car « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur[73]».

L'arbitre est lié à chaque partie par son propre contrat d'arbitre. De ce fait, la relation contractuelle avec les parties est individuelle[74]. Dans la même logique, la jurisprudence a encore la responsabilité de l'arbitre en cas de fraudes[75]. C'est pour cette raison qu'elle a précisé que la responsabilité civile des arbitres est engagée « s'il est établi à leur encontre la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde[76]». L'arbitre peut être condamné à des dommages et intérêts pour inexécution de la convention d'arbitrage. Il peut être cité en guise d'illustration le cessionnaire[77] qui avait intenté une action en responsabilité contre des arbitres qui avaient largement dépassé la période indiquée pour sortir sa sentence. La jurisprudence avait précisé qu'en « statuant ainsi, alors qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation

64 TGI Paris, *Revue de l'arbitrage* 1996.
65 CA Paris, *Revue de l'arbitrage* 2003.
66 H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4ème éd., Litec, 1998.
67 Ph. CONTE, S. FOURNIER, P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, 4ème éd., PUG, 2015
68 M. LAURE-RASSAT, *Droit pénal général*, 5ème éd., Dalloz, 2006.
69 Cass. 1re civ. 17 nov. 2010, n° 09-12352 ; Bull. civ. I, n° 233.
70 Art. 118 COCC.
71 Arrêt de la deuxième chambre civile du 29 juin 1960, Dalloz. 1960.
72 TGI Paris, 13 janv. 1990, Bompard c/ C, *Gaz. Pal.* 1990 II.
73 Art. 1142 du Code civil.
74 TGI Paris 9 déc. 1992, 1re chambre, 1re section, 9 déc. 1992, RG 18352/90.
75 Paris 1re Ch., 12 octobre 1995, Merkoria Sucden c/ société Raoul Duval, *Revue de l'arbitrage*. 1999, p. 324.
76 TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., *Gaz. Pal.* 1990 II.
77 Cass. 1re civ. 6 déc. 2005 (L. et B. Juliet c. Messieurs P. Catagnet, P. Couilleaux et A. Biotteau), Bull. civ. I, n° 462.

de la sentence […] ». Le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie le fait que sa responsabilité doit obligatoirement être appréciée dans les conditions de droit commun. Ainsi, l'arbitre est dans l'impossibilité de se soustraire aux principes de responsabilité de droit commun. Sa responsabilité à l'égard des parties peut être engagée pour tout manquement à ses obligations. Il faut cependant apporter une précision. L'arbitre ne doit pas être traité comme étant un contractant ordinaire étant en égalité avec les parties au contrat d'arbitre. Le principe d'égalité des parties n'est pas à retenir car l'arbitre est « juge ». De ce fait, il n'y a pas d'égalité des parties dans le contrat d'arbitre, parce que l'un des contractants est le juge, n'est pas l'égal de son justiciable parce qu'il décide du sort de sa prétention. Il faut aussi signaler qu'en dehors de la responsabilité civile, les manquements de l'arbitre peuvent être teintés d'une coloration pénale.

2. La responsabilité pénale de l'arbitre

Il est important de préciser que la responsabilité pénale va de pair avec la protection des personnes[78]. Elle vise à bien sécuriser la société. La responsabilité pénale[79] est définie comme étant l'obligation pour une personne, même pour l'arbitre, de répondre des infractions commises mais aussi et surtout de subir la peine prévue par le texte qui les réprime. Autrement dit, c'est l'obligation[80] faite à une personne reconnue coupable par un tribunal de répondre d'une infraction délictuelle commise ou dont elle est complice, et de subir la sanction pénale prévue par le texte qui les réprime. L'infraction est alors une action ou bien une omission prohibée par la loi, et cela sous menace d'une sanction. L'infraction est une atteinte à l'ordre public, soit qu'elle menace la sécurité des personnes, des biens, de la nation, soit qu'elle préjudicie la personne humaine, les biens, l'État. Dans cette situation, il ne saurait perdre de vue que « comme tout contractant, l'arbitre doit exécuter les obligations qu'il a souscrites[81] ». En effet, le droit pénal a vocation à s'appliquer à l'arbitre, que ce soit par l'action en corruption, escroquerie, recel. « Il convient évidemment d'écarter, à condition de pouvoir les identifier, les centres totalement et volontairement imaginaires, qui recouvrent de véritables escroqueries[82] ». Il est important de signaler que l'arbitre met en jeu sa responsabilité pénale dans les conditions du droit commun. Ainsi, étant visé par des infractions qui le concernent spécifiquement en raison de sa mission, l'arbitre est soumis à toutes les infractions de droit commun.

La jurisprudence a fait cas d'arbitres condamnés pour escroquerie, tentative d'escroquerie, faux en écriture privée et usage de ces faux[83]. Il s'agissait d'un pseudo « centre national d'arbitrage » et devant le tribunal correctionnel, l'arbitre du prétendu centre d'arbitrage fut condamné à des années de prison ferme pour escroquerie, faux en écriture privée et usage de ces faux[84]. L'arbitre est un acteur professionnel du droit des affaires, ainsi, il est un élément de qualification du droit qui peut engager sa responsabilité pénale. Il est important de rappeler que le droit pénal sanctionne les

[78] Le droit du travail est un domaine de prédilection de l'ordre public. Cependant, il est bien vite apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoires par la situation d'infériorité économique et psychologique où se trouve normalement le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin s'est fait sentir d'avoir un droit du travail, protecteur du salarié. Il faut rappeler qu'avec le système libéral, les prestations du salarié étaient perçues comme des produits et des marchandises. Les ouvriers travaillaient dans des usines avec des machines. Les travailleurs étaient exploités car ils étaient soumis à la loi du marché. Face à cette situation, l'intervention étatique était une obligation. La lutte contre la domination et l'exploitation des travailleurs, rôle prioritaire de l'État, devient une priorité vitale. Il faut impérativement protéger les parties faibles du contrat de travail en rendant indisponible le droit du travail. C'est une des raisons qui fait que « le sacré a une fonction stabilisatrice en ce qu'il permet d'accéder à des valeurs non contingentes et donc inébranlables ». C'est ce qui rend les relations de travail et les critères du contrat de travail indisponibles.

[79] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7ème éd., PUF, coll. « Quadridge », 2005.

[80] https://www.toupie.org/Dictionnaire/Responsabilite_penale.htm, lu le 23/08/2020.

[81] Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 928.

[82] P. FOUCHARD, *Typologie des institutions d'arbitrage*, colloque des institutions d'arbitrage 1990.

[83] Bordeaux, 1re C., 14 oct. 1987, Sie de droit canadien B.E.L. Tronics Ltd c/ S.A.R.L. Portex, nº 2916 et 2917/87 R.G., inédit.

[84] Jugement du Trib. gr. inst. de Strasbourg, 74 Ch. correct. du 1er juil. 1988, B.E.L. Tronics Ltd c/ Vignals. Ardouin et autre, inédit.

obligations professionnelles de façon indépendante des intérêts privés. La délicate situation des travailleurs fait que l'arbitre doit être très attentif dans la gestion des conflits. La responsabilité permet à beaucoup de penseurs d'estimer que l'arbitre est un véritable acteur de l'ordre public.

LA LIBERTÉ D'INSTALLATION DES ENTREPRENANTS COMMERÇANTS APPUI NON FINANCIER DE DYNAMISATION DE L'ÉCONOMIE AFRICAINE ?

Toh Jean-Claude OUATTARA
Auxiliaire d'enseignement de troisième cycle
Centre d'études en droit économique - Université Laval

Résumé : La liberté d'installation des entreprenants commerçants, si elle peut s'avérer a priori négligeable, constitue en réalité un appui non financier considérable insoupçonné de dynamisation de l'économie de la majorité des États africains. Cela s'atteste avec le rapport du Fonds Monétaire International (FMI) de 2017 commenté par le quotidien « le Point » sous l'intitulé "Afrique : le secteur informel fait sa révolution". Elle permet aux petites entreprises et aux entrepreneurs commerçants de constituer leur propre affaire et de s'exonérer de contraintes fiscales et sociales trop onéreuses et décourageantes. Le secteur informel, luttant contre la paupérisation, contribue au Produit Intérieur Brut (PIB) jusqu'à 65% pour certains États. Ce qui a bouleversé la perception paradigmatique du secteur informel du FMI. Malgré cela, les institutions publiques n'ont daigné se saisir de cette liberté occulte et la formaliser comme un appui non financier d'incitation à l'entrepreneuriat en Afrique. L'objet de ce travail consiste à mettre en exergue les avantages résultant de la liberté d'installation par le biais d'une étude à la fois théorique et pragmatique, inductive et déductive, sans perdre de vue les enjeux de la responsabilité sociale en Afrique. Au vu de ce qui précède, ne doit-on pas permettre aux entreprenants commerçants de mener librement leurs activités sans les fondre dans le paradigme du secteur formel ? La réponse est double, puisque la liberté d'installation peut, selon le lieu de situation de l'activité, paraître anarchisante. Pourtant, la réalité économique démontre une influence dynamisante pour l'économie africaine.

Introduction : « Chacun appelle barbarie ce qui n'est pas de son usage »[1]. La philosophie de Montaigne résumée, à travers cette citation et avec ses modestes mots, traduit bien le sens et l'essence de notre réflexion « économico-juridique ». Elle s'aligne sur une pensée scientifique présentée en conférence publique, oralement, au cours du 88e congrès[2] de l'Association francophone pour le savoir (ACFAS). Il fut organisé par les universités de Sherbrooke et Bishop à Québec, au Canada[3]. Dans la logique de Montaigne, ce qui est une vérité prégnante, il est difficile d'apprécier qualitativement et surtout objectivement, et non subjectivement, uniquement des situations qui échappent à nos habitudes coutumières[4]. Cela s'explique par une situation que l'on rencontre pour la première fois, davantage lorsque l'on est déjà accoutumé à une autre manière à travers laquelle l'on appréhende la même réalité et à travers des circonstances différentes. C'est bien ce constat qui nous invite à repenser la situation africaine où des personnes féminines et/ou masculines s'adonnent à des activités de production ou de circulation de biens, ou les deux. Ces personnes s'exemptent de se « fondre »[5] dans les

[1] M. E. DE MONTAGNE, « Chapitre XXXI. Des cannibales », *Essais, Livre I*, Paris, 1580, p. 215.

[2] Colloque 608 au cours du 88e congrès de l'Association francophone pour le savoir (Acfas) : « Les dispositifs d'appui financiers et non financiers à l'entrepreneuriat et aux PME africaines : état des lieux et perspectives internationales », tenu du mercredi 6 mai 2020 au jeudi 7 mai 2020 à l'université de Sherbrooke, Québec/Canada.

[3] Acfas, « 88e Congrès - Du jamais su », en ligne : https://www.acfas.ca/evenements/congres/archives/88 (consulté le 3 juin 2025).

[4] M. CUMUNEL, « Informel : les politiques publiques à un carrefour », en ligne : https://fondation-farm.org/informel-les-politiques-publiques-a-un-carrefour/ (consulté le 5 juin 2025).

[5] J.-L. KONAN, « La résilience est dans l'ADN du secteur informel africain » », JeuneAfrique.com/ https://www.jeuneafrique.com/941128/economie-entreprises/jean-luc-konan-cofina-la-resilience-est-dans-ladn-du-secteur informel-africain/ (consulté le 5 juin 2025).

moules dits formels créés ou mis en place par les pouvoirs publics ou régaliens des pays occidentaux[6] d'organisation juridique de l'entrepreneuriat commercial. La philosophie de Montaigne n'est pas un prétexte pour faire de la comparaison entre des pays et encore moins des cultures ou des traditions juridiques et culturelles. Toutefois, elle nous permet de constater que ce qui n'est pas connu et ne fait pas partie des habitudes (ou des traditions) peut facilement être « préqualifié » comme une barbarie ou un manque d'organisation[7]. Pourtant, à dépasser le choc de la nouveauté et de l'étrangeté, en apparence ou en réalité, on finit, avec une analyse plus assidue et une réflexion approfondie, par se rendre compte d'une véritable « richesse inspiratrice ».

Néanmoins, pour une analyse, il est nécessaire de comprendre le regard porté sur comment fonctionnent les structures entrepreneuriales modestes ou précaires de l'Afrique[8]. Effectivement, à partir de la compréhension occidentale ou des standards internationaux (ou de la loupe occidentale), l'on semble convaincu qu'il y a un malaise. Cela alarme et laisse présager qu'il y a quelque chose d'anormal ou d'incohérent même dans les systèmes africains qui fonctionnent dans un système autre que celui connu communément[9]. C'est justement à ce niveau que les « vicissitudes » de la pandémie de covid-19 ont permis de constater une réalité autre que celle des prévisions sanitaire et économique annoncées. Pourquoi ? Parce que les prévisions ne reflètent pas toujours la réalité. Ce qui fait qu'il ne faut pas se ménager pour faire une analyse rapide et apporter une conclusion hâtive[10]. De cette vérité, il paraît réaliste de réfléchir sur les pratiques qui s'avèrent différentes et de comprendre les avantages[11] liés à la dynamisation de l'économie africaine qui n'a pas laissé le Fonds Monétaire International (FMI) indifférent[12] au-delà des préjugés et des idées préconçues sur la « négativité » du secteur dit « informel ». C'est dans cette atmosphère des réflexions de l'Acfas sur : « Les dispositifs d'appui financiers et non financiers à l'entrepreneuriat et aux PME africaines : État des lieux et perspectives internationales »[13] que s'inscrit notre interrogation analytique qui s'intitule : « La liberté d'installation des entreprenants commerçants : appui non financier de dynamisation de l'économie africaine ? »[14].

---

[6] B. CLEMENT-BOLLEE, « L'heure est propice à se saisir du secteur informel pour refondre l'économie de l'Afrique » (24 mai 2020), en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/05/24/l-heure-est-propice-a-se-saisir-du-secteur-informel-pour-refondre-l-economie-de-l-afrique_6040608_3212.html (consulté le 5 juin 2025).

[7] B. ROMAIN, « L'Afrique peut profiter de l'après-crise pour repenser son industrie » » (12 mai 2020), en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/05/12/coronavirus-l-afrique-peut-profiter-de-l-apres-crise-pour-relocaliser-son-industrie_6039451_3212.html (consulté le 5 juin 2025).

[8] M. CUMUNEL, préc., note 4.

[9] L. VIDAL, F. EBOKO et D. WILLIAMSON, « Le catastrophisme annoncé, reflet de notre vision de l'Afrique » (8 mai 2020), en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/05/08/coronavirus-le-catastrophisme-annonce-reflet-de-notre-vision-de-l-afrique_6039110_3212.html (consulté le 5 juin 2025).

[10] J. TILOUINE, « L'Afrique d'après est déjà là : créative, solidaire, résiliente » (26 avril 2020), en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/04/26/l-afrique-d-apres-est-deja-la-creative-solidaire resiliente_6037803_3212.html (consulté le 5 juin 2025).

[11] Bureau International du Travail (BIT), Méthodes et Instruments d'Appui au Secteur Informel en Afrique Francophone. Genève (Suisse), 2004, p. 118 : « Les activités du secteur informel étaient considérées comme marginales et appelées à disparaître dès que le secteur moderne aurait fourni les possibilités d'emplois rémunérés et modernes. Cette stratégie de développement volontariste explique l'adoption d'une réglementation qui, imitant souvent les législations des pays industrialisés, s'avérait contraignante pour l'entreprise privée et inadaptée à la micro entreprise ».

[12] V. FORSON, « Afrique : le secteur informel fait sa révolution », *Le Point*, 2017, p. 2 : « […] la plupart des pays subsahariens devraient conserver des secteurs informels importants pendant encore de nombreuses années, ce qui est à la fois une chance et un défi pour les responsables de la politique économique », expliquent les rédacteurs de la note économique du Fonds monétaire international », publié le 18 juillet 2017, Repéré à https://lepoint.fr/economie/afrique-le-secteur-informel-fait-sa-revolution-18-07-2017-2144068_28.php

[13] Association Francophone pour le Savoir, « 608 - Les dispositifs d'appui financiers et non financiers à l'entrepreneuriat et aux PME africaines : état des lieux et perspectives internationales ».

[14] Participant au colloque international organisé en octobre 2020 par l'École Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA) sur : « L'économie informelle dans l'espace OHADA : approches économique, juridique, politique et socio-anthropologique », et coauteur (avec Edja Maurice, Koffi Nestor et Kouassi Steven) d'un séminaire de recherche en Master 2 recherche en droit commercial approfondi à l'Université Alassane Ouattara en 2017 dont le thème s'intitulait : « La réalité de l'entreprenant dans l'espace de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ». En citant ces noms, je tiens à

Pour une compréhension simple et facile, nous définirons succinctement « l'entreprenant commerçant »[15], « installation » et « liberté ». Comme nous sommes en droit économique et des affaires, nous userons de l'acte uniforme y afférant. Selon l'article 30 de l'acte uniforme (OHADA) portant sur le droit commercial général : « L'entreprenant est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité […], commerciale, […] »[16]. Vu cette définition, il sera honnête de préciser que les personnes dont nous parlons n'ont pas toutes fait cette déclaration, donc, au sens juridique strict (stricto sensu), ne sont pas entreprenantes. Cependant, la catégorie de métiers reconnue par le droit à laquelle on pourrait les rapprocher est l'entreprenant dont l'activité est de nature commerciale, d'où le titre d'« entreprenants commençants » même si les agriculteurs et d'autres types d'entreprenants ne sont pas à exclure systématiquement.

Ce qui précède justifie notre choix, sans perdre de vue les exigences énumérées dans les dispositions des articles 62 et suivants du même acte uniforme en ces termes : « [l]'entreprenant déclare son activité avec le formulaire prévu à l'article 39 ci-dessus, sans frais, au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'État partie, dans le ressort duquel il exerce. Il fournit les éléments suivants […] »[17], et aussi les obligations comptables et de « conformité ». L'article 39 dispose que : « [l]es personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus ne peuvent se prévaloir, jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant »[18]. Cette exigence d'immatriculation est liée à l'exercice et à l'installation des personnes étudiées.

Le terme « installation » est défini par le dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) comme une : « [a]ction d'installer quelqu'un ou de s'installer dans un lieu d'habitation ou de travail ; p. méton., fait d'être installé »[19]. Nous nous contenterons de l'action de s'installer dans un lieu non préalablement désigné par les autorités publiques pour une activité de nature commerciale, mais à très petite échelle. Le dernier mot à définir sous le vocable de « liberté » selon le droit renvoie à : « En somme, la liberté juridique ou civile consiste dans le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Elle se présente comme une prérogative ouvrant à son bénéficiaire, lorsqu'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se situent dans le cadre de cette liberté »[20].

Pour rester collé et fidèle au slogan du 88e congrès de cette dernière définition, il s'agit dans cette analyse de réfléchir dans quelle mesure le fait de laisser les petits commençants, sans être « anarchiste », la liberté de créer leur propre affaire et surtout de s'installer en toute tranquillité là où ils le souhaitent serait un moyen non financier de participer à la dynamisation de l'économie africaine et d'accroître le Produit

remercier ces personnes pour leur amour de la recherche et des longues heures de recherches passées ensemble et consacrées à réfléchir sur le travail de séminaire. Ce travail a été une véritable source d'inspiration et une aubaine à ouvrir de nouvelles pistes de recherche avec : « La liberté d'installation des entreprenants commerçants … » lorsque j'ai vu passer l'appel à communication de l'Association Francophone pour le Savoir (Acfas) pour le 88e congrès. Je n'oublie pas de rendre hommage au Professeur Titulaire Ouattara Aboudramane (Université Félix Houphouët Boigny) qui nous avait confié une activité de recherche et qui nous a introduits à la recherche approfondie en droit de l'espace de l'OHADA.

[15] Acte uniforme révisé OHADA portant sur le droit commercial général adopté le 15/12/2010 à Lomé (Togo) et entré en vigueur deux mois après.

[16] Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, 15 décembre 2010, art. 30, en ligne : <https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html>.

[17] Id., art. 62.

[18] Id., art. 39.

[19] Centre national de ressources textuelles et lexicales, « Installation : définition d'installation », en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/installation> (consulté le 5 juin 2025).

[20] Office Québécois de la Langue Française, « liberté civile », en ligne : <https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/fiche-gdt/fiche/8349586/liberte-civile> (consulté le 5 juin 2025).

Intérieur Brut (PIB) des États africains qui connaissent ce phénomène économique[21]. De ce point de vue, la liberté d'installation des entreprenants commerçants, si elle peut s'avérer, a priori, négligeable, constitue en réalité un appui non financier considérable insoupçonné de dynamisation de l'économie de la majorité des États africains[22]. Cela s'atteste avec le rapport du FMI de 2017 commenté par le quotidien « Le Point » sous l'intitulé "Afrique : le secteur informel fait sa révolution". Elle permet aux petites entreprises et aux entrepreneurs commerçants de constituer leur propre affaire et de s'exonérer de contraintes fiscales et sociales trop onéreuses[23] et décourageantes[24]. Le secteur informel, luttant contre la paupérisation[25], contribue au PIB jusqu'à 65% pour certains États. Ce qui a bouleversé la perception paradigmatique du secteur informel du FMI. Malgré cela, les institutions publiques n'ont daigné se saisir de cette liberté « occulte » et la formaliser comme un appui non financier d'incitation à l'entrepreneuriat en Afrique. L'objet de ce travail consiste à mettre en exergue, sans faux-fuyant, les avantages résultant de la liberté d'installation par le biais d'une étude à la fois théorique et pragmatique, inductive et déductive, sans perdre de vue les enjeux de la responsabilité sociale en Afrique[26].

Au regard de ce qui précède, ne devrons-nous pas permettre aux entreprenants commerçants de mener librement leurs activités sans les fondre dans le paradigme du secteur formel ? La réponse est double, puisque la liberté d'installation peut, selon le lieu de situation de l'activité, paraître anarchisante (I). Pourtant, la réalité économique démontre une influence dynamisante (II) pour l'économie africaine.

I. Une apparence d'organisation économique africaine anarchique

L'image collective ou de la majorité que l'on se construit de la compréhension de l'activité entrepreneuriale commerciale à très petite échelle des entreprenants commerçants en Afrique est tributaire de « l'imagerie occidentale » et des standards internationaux. Si cette approche est respectable et fondée sur une logique compréhensible pour qui veut s'adapter (se perdre dans le moule), il est réaliste de s'arrêter une seconde pour s'approprier la vision « culturaliste » et « traditionnaliste » des habitudes africaines et du comportement des entreprenants commerçants dans une économie particulière. Cette attention assidue est une « lucarne » pour s'apercevoir que l'image collective est souvent « corrompue » par un regard de désordre irréel (A) qui se positionne comme une « dé » - charge légale irréelle (B) de contraintes socio-économiques et juridiques importantes.

A. Un regard de désordre irréel

Il est courant de retrouver des entreprenants commerçants dans des endroits dans lesquels l'on s'attendrait le moins, comme en bordure de grands axes routiers ou aux entrées et/ou sorties des lieux publics comme les gares ou les établissements privés ou publics, ou tout simplement dans des lieux de domicile d'habitation. Ces endroits peu communs au lieu de situation d'activité commerciale construisent un regard de

---

[21] Th. N. KANCHOP, *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, mémoire de diplôme d'études approfondies en droit communautaire et comparé, université de Dschang, 2009, p. 1.

[22] M. CUMUNEL, préc., note 4.

[23] Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, « Statut de l'entreprenant ».

[24] Fonds Monétaire International (FMI), Perspectives économiques régionales : Afrique subsaharienne. Faire redémarrer la croissance. Études économiques et financières, Washington (États-Unis d'Amérique), 2017, p. 64 : « Les gouvernants devraient miser en priorité sur les politiques favorisant la productivité de ces entreprises […]. »

[25] Oxford Poverty et Human Development Initiative (OPHI), Comprendre la pauvreté en Afrique. Briefing 56, Université d'Oxford, 2020, p. 2 : « Sur les 1,25 milliard d'habitants d'Afrique pour lesquels des données sont disponibles, 593 millions (47%) sont pauvres selon l'IPM ».

[26] K. DIAWARA et S. LAVALLÉE, « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace Ohada : pour une ouverture aux considérations non économiques », *Revue internationale de droit économique* 2014, pp. 4, 431, 451, 442 et 443.

désordre qui peut se révéler irréel, sans perdre de vue le mode précaire qui colore la base de l'activité elle-même. De cette réalité, notre travail consistera à démontrer que la situation de l'activité (1) et de la précarité réelle (2) qui en prévaut n'est pas corrélative d'en déduire un désordre organisé et une externalité négative par un simple préjugé ou jugement de valeur uniquement.

1. La situation de l'activité

La tendance à confondre la situation d'une activité du secteur dit « informel » au désordre organisé est absolument grande. Cela se comprend aisément, puisque, a contrario du secteur formel où tout semble préétabli, l'on est convaincu d'un ordre organisé. Mais attention, il faut démêler « l'ivraie du vrai » à travers une étude approfondie et de terrain pour s'enquérir de la réalité. En effet, la réglementation et la législation étatique ou supraétatique donnent une ligne de conduite à suivre en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des activités économiques dites « formelles »[27]. C'est ce qui explique la création des marchés ordinaires et des grandes surfaces de commerce, comme les supermarchés[28].

Il est possible de citer aussi les hypermarchés et les marchés de vente de produits à petite et moyenne échelle en Afrique où l'on retrouve les bouchers, les vendeuses de légumes et de menus produits pour la cuisine, les soins de beauté des hommes et des femmes et les besoins primaires. Cette structuration formelle, bien qu'idéale et organisée, semble perdre de vue le réalisme de la situation de pauvreté de certaines personnes qui n'ont pas le privilège de se mettre en conformité avec les règles minimales[29]. Elles sont des contraintes de nature juridique ou financière ou même à cause de leur volonté de ne pas se sédentariser, car elles sont soit des déscolarisé(e)s, soit des élèves ou étudiant(e)s et diplômé(e)s, simplement des personnes en quête d'une autre situation professionnelle de leur choix[30]. Pour ces personnes, il serait plus rapide et moins contraignant de se faire un peu de revenu et de poursuivre une autre trajectoire de la vie[31]. Cela fait qu'on les retrouvera soit dans les écoles, les universités de fréquentation, en bordure des routes de grande circulation, des gares routières et ferroviaires, ou même en pleine circulation dans les grandes villes économiques africaines, comme Abidjan[32]. Il est possible de citer Addis-Abeba, Abuja, Cape Town, Accra, Maputo, Bamako, Ouagadougou, Abidjan, Douala, Dakar, Lomé, Cotonou, Kinshasa, Conakry[33]… La liste est longue. Curieusement, l'étude a démontré qu'au-delà des préjugés, ces personnes ne sont pas aussi dérangeantes qu'elles en ont l'air de prime abord. Clairement, ces personnes facilitent la vie des passants pressés qui n'ont pas le temps d'aller dans les marchés institués pour faire leurs achats. Les cas sont légion, mais citons uniquement celui des vendeurs ambulants de papiers hygiéniques

---

[27] Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Adopté à Québec (CANADA) le 17/10/2008 et publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 20 du 01/11/2009, art. 27.

[28] P. AIRAULT, « La grande distribution tisse sa toile en Afrique », *L'Opinion, sect. International*, 2023.

[29] AfricaNews, « Ouganda : avec l'inflation, les vendeurs ambulants tournent en rond », Africanews (9 juillet 2023), : https://fr.africanews.com/2023/07/09/ouganda-avec-linflation-les-vendeurs-ambulants-tournent-en-rond/ (consulté le 13 juin 2025).

[30] LeFaso.net, « Recrutements au Burkina : quand l'expérience professionnelle tue l'emploi ».

[31] Propos cités par J. -PH. BERROU et TH. EEKHOUT, « L'économie informelle : un défi au rêve d'émergence des économies africaines ? », Études internationales, 50(1), 2019 p. 128 : « Pour autant, on peut considérer qu'il existe aujourd'hui un certain consensus sur l'économie informelle comme ensemble des activités génératrices de revenus exercées, plus ou moins (avec des degrés divers), en dehors des règles institutionnelles ou du cadre des règlementations de l'État (législation pénale, sociale ou fiscale, comptabilité nationale) (Portès et Castell 1989 ; de Soto 1986 ; Feige 1990) ».

[32] 8 milliards de voisins, J. -F. STECK, L. GNACADJA et M. JEANNIN, « Vendeurs ambulants, taxi-moto : l'économie informelle au cœur des villes africaines », RFI, sect. monde (13 mai 2024) : https://www.rfi.fr/fr/podcasts/8-milliards-de-voisins/20240513-vendeurs-ambulants-taxi-moto-l-%C3%A9conomie-informelle-au-c%C5%93ur-des-villes-africaines.

[33] O. B. DIALLO et Africa Guinee.com, « Conakry : les bordures de route envahies par les petits commerces… » : https://www.africaguinee.com/conakry-les-bordures-de-route-envahies-par-les-petits-commerces/ (consulté le 13 juin 2025).

communément appelés « Lotus » ou papier « Cleaners ». En réalité, les entreprenants commerçants font indirectement le travail des commerçants dits « formels » puisque c'est de là-bas qu'ils vont se procurer la marchandise. Ce qui est fait pour répondre au prolongement de la « main » d'affaires de ces derniers aux clients, et même pour supporter certaines charges fiscales de « facto » et de « jure » par ricochet. S'il est certain que les entreprenants commerçants ont une activité dont la situation géographique n'est pas celle autorisée, l'activité ne constitue pas, pour autant, la gravité du désordre que l'on s'imagine. C'est la même chose aussi avec la précarité dont fait preuve ce type d'activité commerciale à petite échelle.

2. Le mode précaire de l'activité

La précarité fait penser rapidement à un désordre ou à un manque de sérieux dans l'organisation et le fonctionnement d'une activité[34], surtout économique, où la spéculation est une règle incontournable. Cette spéculation est la règle pour qui veut « réussir dans les affaires », comme on le dit à l'accoutumée dans la philosophie capitaliste[35]. Cette position n'est pas totalement fausse et critiquable, vu que la précarité peut être à l'origine d'un manque de maîtrise et de redistribution équitable des richesses et des opportunités par les pouvoirs publics[36]. C'est ce qui explique qu'en droit de l'espace de l'OHADA, une société de fait ou créée de fait et même les sociétés en participation ne bénéficient pas d'une personnalité morale[37]. Il est difficile de leur donner un régime fixe et de façon durable.

Face à cette vérité juridique, il est bien facile de tomber dans le piège de la tentation du jugement en donnant une idée de désordre et de manque d'organisation au regard d'une activité économique qui ne répondrait pas aux normes étatiques ou institutionnelles préétablies parce que la précarité incite à cela. Heureusement que la présente étude s'est évertuée à éviter les confusions en allant à la source de cette image afin de comprendre si, oui ou non, il faut accepter. S'il est compréhensible que l'expression « secteur informel » inspire la méfiance et l'idée d'un désordre organisé, il est important d'accorder du temps pour cerner la réalité qui anime ce phénomène économique en Afrique à « petite échelle », à « longévité circonstancielle » et à « contrainte supportable ». En effet, le mode dit « précaire » de l'activité économique renvoie uniquement à la manière dont les entreprenants commerçants s'adonnent à la réalisation de leurs entreprises. Mais cette manière ne dénote pas une manière de créer le désordre et de refuser catégoriquement de se fondre dans les moules de la formalité du secteur dit « formel ». Pour eux, c'est le moyen abordable et sûr de pouvoir envisager une activité génératrice de revenus (AGR) et de pouvoir créer une unité de circulation des biens et des produits à des fins lucratives. Cela leur permet de pouvoir se « défendre », comme on le dit de ces milieux mondains et de l'existence de l'activité. Le terme « défendre » pour dire simplement que l'activité lucrative est un moyen d'avoir de l'argent, de créer des richesses sans prendre le risque de se faire « asphyxier » par des contraintes fiscales et sociales beaucoup trop lourdes et très décourageantes. Et pourtant, si officiellement ils échappent légalement ou institutionnellement aux contraintes précitées, dans la réalité cette affirmation mérite d'être relativisée, comme

---

[34] O.A. AKINBOADE, « Les femmes, la pauvreté et le commerce informel en Afrique orientale et australe », *Revue int. des sciences sociales*, 2005, 277-300, 288 « Pourtant, il semble bien que les politiques d'ajustement aient elles-mêmes contribué à l'aggravation de la pauvreté à long terme et à la détérioration de la distribution des revenus ».

[35] S. OMBOUDOU, « Occupation anarchique de la chaussée : le mal persiste à Yaoundé » : https://www.cameroon-tribune.cm/article.html/40591/fr.html/occupation-anarchique-de-la-chaussee-le-mal-persiste (consulté le 13 juin 2025).

[36] African Development Bank Group, « Une meilleure redistribution des ressources va atténuer la pauvreté et les inégalités en Afrique », Banque africaine de développement (14 février 2019) : https://www.afdb.org/fr/news-and-events/une-meilleure-redistribution-des-ressources-va-attenuer-la-pauvrete-et-les-inegalites-en-afrique-4397 (consulté le 13 juin 2025).

[37] C. MBA-OWONO, « Société de fait et société créée de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA », OHADATA D-10-19, 20.

l'atteste une étude menée sur la réalité fiscale sénégalaise[38]. Disant cela, nous nous rappelons les enseignements du professeur Aboudramane Ouattara durant les séminaires de recherche en droit commercial approfondi (promotion 2017 de l'université Alassane Ouattara de Bouaké). Durant ces activités, il attirait, de façon avisée, notre attention sur la distinction entre la théorie et la pratique en ce qui concerne l'exemption absolue aux contraintes des entreprenants commerçants (de fait ou de droit). Aujourd'hui, avec beaucoup de recul, et suite à une étude de terrain, ses réflexions se corroborent bien avec les faits. Effectivement, au-delà de participer, de manière significative, à la dynamique économique, les entreprenants commerçants supportent indirectement une partie de l'impôt à payer par les entreprises dites « formelles »[39].

B. Une décharge légale irréelle

L'expression secteur informel grave dans l'entendement collectif, au-delà d'un désordre organisé et toléré, un « no man land » où l'on est exempté ou extrait volontairement de la légalité et de toute contrainte légale[40]. S'il est objectif de reconnaître que les entreprenants commerçants dont il est question dans cette réflexion profitent de l'avantage de ne pas disparaître à cause des charges sociales et fiscales officielles destinées aux entreprenants du secteur dit formel, il s'avère que cette affirmation connaît des exceptions à passer patiemment en revue. Ce qui explique qu'une décharge légale et fiscale (1) et sociale (2) demeure un leurre en réalité.

1. La décharge fiscale

Le secteur de la formalité est le lieu officiel pour mener, sous l'assujettissement étatique et institutionnel, des activités économiques de nature commerciale. C'est la raison fondamentale pour laquelle celui qui parle de secteur informel fait instamment allusion et comparaison avec le secteur formel, puisque ce secteur doit son existence et son dynamisme à une liberté des acteurs qui l'animent et le motivent[41]. À entendre le terme secteur informel, l'on aura l'impression qu'il s'agit d'un secteur organisé d'une manière différente et en dehors du secteur dit formel, et pourtant, ces individus et leurs entreprises fonctionnent plus ou moins comme régulièrement établis. Mais en réalité, il s'agit d'un secteur qui n'est pas le secteur formel et qui ne répond pas aux caractéristiques reconnues au secteur dit « formel », impliquant une déclaration préalable de l'activité, une tenue de comptabilité, une nécessité de ne pas dépasser un chiffre d'affaires désigné préétabli et surtout de payer les impôts. Justement, c'est de l'aspect fiscal dont nous parlerons maintenant, allant de l'officiel à l'officieux qu'on rencontre dans la pratique. Dans l'officiel, les entreprenants commerçants sont des personnes étrangères aux contraintes réglementaires et institutionnelles et qui échappent de facto et de jure à l'impôt. Ce qui est convaincant dans la mesure où ils ne sont pas répertoriés, par déclaration, au greffe de la juridiction compétente. Dans ce sens, ils seraient exemptés de répondre aux obligations d'ordre fiscal. Toutefois, même si le droit refuse le bénéfice des prérogatives liées à un statut juridique à qui n'est pas en règle, il applique les obligations qui en résultent[42]. Mais c'est légèrement

---

[38] G. BLUNDO, « "Je n'ai pas besoin de ticket" : Négociation des droits de marché et petite corruption dans les collectivités locales sénégalaises », in *Décentralisation et pouvoirs en Afrique : En contrepoint, modèles territoriaux français*, (dir.) C. FAY, YAOUAGA F. KONE et C. QUIMINAL, coll. Colloques et séminaires, Marseille, IRD Éditions, 2006, p. 323-342.

[39] Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, préc., note 25, p. 2, Préambule.

[40] J. MONNET, « Le commerce de rue, ambulant ou informel et ses rapports avec la métropolisation : une ébauche de modélisation », (2006) 39-3 Autrepart 93-109.

[41] F. COULIBALY, *La problématique de la fiscalisation du secteur informel. Cas de l'impôt synthétique au Mali*, https://www.memoireonline.com/12/13/8149/La-problematique-de-la-fiscalisation-du-secteur-informel-Cas-de-l-impt-synthetique-au-Mali.html (consulté le 14 juin 2025).

[42] P. BACKINY-YETNA, « Secteur informel, fiscalité et équité : l'exemple du Cameroun », (2009) Volume 9 The African Statistical Journal 315-376, 329.

différent en matière fiscale. Les entreprenants commerçants, officieusement, paient deux types d'impôt, soit directement, soit indirectement. Indirectement, ils paient une partie de l'impôt des entreprises dites formelles lorsqu'ils vont se procurer les marchandises par le biais de la pratique commerciale de l'imposable et du redevable[43]. Ici, bien que les entreprises formelles soient les imposables dans leurs relations avec la clientèle, notamment les entreprenants commerçants, ces derniers deviennent, par déduction, les redevables et par voie de conséquence paient une partie de l'impôt des premières[44]. Directement, les entreprenants commerçants, qui ont un lieu fixe pour gérer leur activité, paient aussi l'impôt municipal ou communal avec les agents de la mairie (le nom varie en fonction des États) sans distinction de la déclaration de leurs activités ou de leur régularité à la réglementation officielle. Au-delà de leur lien avec les autorités régaliennes, dans la pratique, si les entreprenants commerçants ne supportent pas de charges officielles relevant de la réglementation du travail et de la Sécurité sociale, il n'en demeure pas moins qu'ils répondent à des devoirs sociaux relevant de leur relation avec leurs travailleurs ou personnes-ressources.

2. La décharge sociale

Bien surprenant, paraît-il, de parler de charges sociales ou même d'en faire allusion lorsqu'il s'agit des entreprenants du secteur dit informel, puisqu'ils ne sont pas pris en compte par les réglementations et les règles officielles connues à l'avance. Cependant, nous allons en parler et c'est une des raisons qui motivent le choix de cette piste de réflexion. En parlant, il sera nécessaire de se rappeler la culture africaine et ses spécificités[45] qui influencent fortement les comportements des entreprenants commerçants. Exactement, l'Africain a la particularité de fonctionner dans un cadre propre à lui et selon ses pratiques et ses habitudes qui répondent mieux à ses attentes et à ses besoins comme tout humain[46]. C'est dans cette atmosphère que s'inscrit la nature des charges sociales dont nous faisons allusion. En effet, les entreprenants commerçants, lorsqu'ils ont des préposés ou des personnes-ressources avec qui ils travaillent, s'attellent à les aider solidairement. Cela s'illustre par le fait de les habiller par moments, de leur verser une somme périodique et de les soigner, au besoin. Il peut s'agir même de leur payer le transport ou le loyer, selon l'ampleur des recettes et des bénéfices de l'activité en question. Contrairement à ce qui est prévu par la loi, volontairement, les entreprenants commerçants s'engagent à l'égard des personnes qui les soutiennent à leur garantir des aides de nature sociale. Ce qui permet à ces personnes d'avoir un niveau de vie bien meilleur que le niveau de vie originel (quand elles ne se cherchaient pas, comme on le dit trivialement). Ce qui n'est pas fait pour déplaire à celui ou celle qui vivait d'oisiveté, à pouvoir participer à une activité commerciale, certes à petite échelle, mais qui permet de se faire valoir et de lutter contre la pauvreté « congénitale », surtout de se sentir utile et d'apprendre de l'activité afin de pouvoir en créer dans l'avenir.

De ce qui précède, on se rend bien compte que la décharge sociale dont aurait pu faire preuve un entreprenant commerçant n'est pas une vérité absolue, bien qu'il échappe par « l'informalité officielle » de son activité à des contraintes bien établies et régies par une réglementation régalienne. Il se crée lui-même des obligations sociales plus réalistes qui correspondraient, avec volonté et honnêteté, aux véritables besoins des personnes avec qui il collabore et mène ses activités commerciales au quotidien. Les cas que nous avons cités ne sont pas exhaustifs ; l'on trouvera par moments un

[43] F. COULIBALY, préc., note 39, p. 26.

[44] P. BACKINY-YETNA, préc., note 40, 325.

[45] Organisation Internationale du Travail, Statistiques de l'économie informelle : Rapport soumis pour discussion à la réunion tripartite d'experts des statistiques du travail sur la révision des normes statistiques de l'informalité, Genève, 2023, p. 14 et 15.

[46] Observatoire du développement humain durable et de la lutte contre la pauvreté, ministère de la solidarité et de la lutte contre la pauvreté et république du Mali, contribution du secteur informel à l'économie nationale et à la réduction de la pauvreté et des inégalités au Mali, 2020, p. 7.

entreprenant commençant à participer aux soins de santé de son collaborateur ou même à des frais de scolarité.

Parlant de frais de scolarité, il faut souligner le fait que, souvent, lesdits collaborateurs sont les enfants et des membres de la famille des entreprenants commerçants. Ce qui explique que ces derniers aient le privilège d'apprendre ce métier du commerce, de la gestion des affaires de nature commerciale pouvant être confondu, malheureusement, avec ce qu'on entend par « travail des enfants » qui n'est rien d'autre qu'une « forme d'école de formation professionnelle ». Nous ne nous attarderons pas sur le travail dit : « le travail des enfants »[47] pour cette fois, peut-être une réflexion spéciale en la matière à d'autres occasions. Toutefois, l'on pourrait, à juste titre, tirer de cette réalité une vérité bien connue en Afrique (ou en Amérique latine, en Asie ...) en ce temps où le travail des enfants fait l'actualité[48]. La réalité primant sur la théorie pour un juriste réaliste, il convient d'analyser à présent ce qui pourraient être les avantages de la liberté d'installation des entreprenants commerçants à l'aune de la pratique et de son influence sur la dynamique de l'économie africaine.

II. Une réalité africaine de dynamisation de l'activité économique

Comme le dit bien le proverbe : « Les apparences sont souvent trompeuses »[49]. Ces mots sont le reflet des idées « pré-retenues » par qui n'a pas accordé plus de temps à comprendre les pratiques économiques africaines des « petits commerçants au secours du marché unique »[50]. Or, ces pratiques à « l'africaine » rentrent dans une logique bien particulière et en fonction du contexte qui en prévaut, tout en la guidant[51]. Ces mots symbolisent des idéaux économiques contemporains (hors Afrique) et cristallisent un souhait d'uniformisation d'une politique économique « formaliste » et beaucoup trop contraignante[52] à l'éclosion et à la prospérité d'activités économiques des entreprenants commerçants. Et pourtant, les pratiques économiques fourrées dans le stéréotype du secteur dit « informel », à les lire de plus près, pourraient constituer un levier de dynamisation économique. Ce levier est déterminant au profit d'une dynamisation « voilée » constatée (A) favorisant une véritable source de richesse et de « dé » - paupérisation (B) qu'il faille considérer de façon plus analytique à l'avantage de bon nombre de pays africains.

A. Une dynamisation « voilée » constatée

Si les gouvernants garantissent la flexibilité de l'activité économique, il est réaliste qu'ils ne puissent pas lutter contre la pauvreté en distribuant de l'argent aux ménages et aux familles les plus modestes économiquement parlant[53]. C'est dans cette atmosphère que les populations prennent le « taureau par les cornes » en s'adonnant aux petites activités économiques. Elles leur permettent de s'occuper sainement, d'apprendre un savoir-

---

[47] Y.-A. ABESSOLO, « Une analyse de l'impact de l'éducation sur la productivité des entreprises du secteur informel », (2007) 24-4 Gestion 2000 115-132, 129.

[48] A. J. ODIGIE, « Journée mondiale contre le travail des enfants 2024 : Les travailleurs africains appellent toutes les parties prenantes à adopter des initiatives concrètes pour traduire en actions les engagements pris pour éliminer le travail des enfants », ITUC - AFRICA.

[49] Ouest France, « Proverbe Français : Les apparences sont souvent trompeuses. », citations.ouest-france.fr, https://citations.ouest-france.fr/citation-proverbe-francais/apparences-sont-souvent-trompeuses-81665.html (consulté le 14 juin 2025).

[50] W. MENE et L. KONE, « Les petits commerçants transfrontaliers au secours du marché unique africain », JeuneAfrique.com, (consulté le 16 juin 2025).

[51] Observatoire du développement humain durable et de la lutte contre la pauvreté, ministère de la solidarité et de la lutte contre la pauvreté et république du Mali, préc., note 44, p. 7.

[52] Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, préc., note 15, arts. 30-33.

[53] T. SOMUWA, « Empowering africa's economic growth : the role of msmes », sect. Des articles, https://www.tonyelumelufoundation.org/fr/des-articles-2/renforcer-la-croissance-economique-de-lafrique-le-role-des-mpme.

faire et de se faire une plus-value acceptable[54]. Ce qui est positif et permet de sortir d'une précarité socio-économique et surtout de participer indirectement (ou de façon voilée) à l'accroissement des flux économiques des entreprises dites « formelles » et à la hausse de leur chiffre d'affaires. Cela se traduit par une dynamisation de l'activité économique (2) africaine en général et des entreprises formelles (1) en particulier.

1. Une dynamisation au profit des entreprises formelles

Les entreprises formelles, sans le savoir, sont beaucoup redevables aux entreprenants commerçants de fait[55]. Elles le sont dans la mesure où ces derniers sont à l'origine du prolongement de leurs « mains » commerciales à proximité des petits consommateurs (ou ambulants). Ils éprouvent des difficultés à se déplacer vers les grandes surfaces commerciales ou les centres commerciaux (ou les marchés formels ou les boutiques) pour pouvoir se procurer les objets dont ils ont besoin[56]. En effet, les entreprenants commerçants jouent le rôle de franchiseurs[57] « indirects » auprès des consommateurs, soit à cause de la proximité des habitations ou résidences rurales ou des nouveaux quartiers manquant de moyens de se procurer certains besoins primaires, soit du fait de leur présence dans des endroits. Cela s'explique dans la mesure où la formalité institutionnelle d'installation des entreprises formelles ne permettrait pas de trouver, à proximité et facilement, sans une dépense de déplacement, les articles et les produits fournis par ces entreprises du secteur formel. Ce sont les entreprenants commerçants du secteur dit « informel » qui ont le privilège d'effectuer les déplacements en voiture ou à moto et même à bicyclette ou à pied selon les lieux et les régions des pays. Ils se rendent ainsi dans les lieux d'installation des entreprises dites « formelles » afin de se procurer les articles et produits en question. Bien évidemment, ils achètent, à des prix suffisamment abordables et qui garantissent des marges de bénéfices, avec les vendeurs et « grossistes » des « gros » et des « demi-gros » dans les grandes villes ou les lieux où ces derniers sont situés[58]. C'est le lieu d'indiquer que l'État dans lequel les structures décentralisées pourraient exploiter cette piste pour réduire les prix afin d'augmenter indirectement les marges des entreprenants commerçants. Cette attitude des pouvoirs publics est économique et ne rentre pas directement dans notre espèce qui aborde des outils non économiques. Ce qui précède démontre, sans ambiguïté et équivoque, non seulement le réconfort bénéfique du rôle social des entreprenants commerçants, mais aussi l'importance de la continuité des activités commerciales des entreprises formelles. Leurs activités s'apparentent ainsi au prolongement indirect du « monde affairiste »[59] des commerçants dits « formels » à proximité, mais surtout pas à la compensation de l'insuffisance de la formalité de l'installation institutionnelle et réglementaire des entreprises dites « formelles ». Voyant ce rôle important et « transformateur » de l'économie des entreprenants commerçants, tant « vilipendé » par le regard[60] des « formalisation-philes » que des « infomalisation-phobes » du secteur informel[61], on est compréhensif de la tentation de l'envie de fondre ces entreprises dans le paradigme du secteur formel[62]. Mais, conscient et connaissant la réalité, l'attachement culturel et ce comportement des Africains (et Asiatiques...), il serait intéressant d'adopter une attitude de prudence et de ne pas perdre de vue le réalisme

---

[54] O. B. DIALLO et Africa Guinee.com, préc., note 31.

[55] J.-L. KONAN, préc., note 5.

[56] W. MENE et L. KONE, préc., note 48.

[57] F.T. EHUI, *Contrats spéciaux*, Tome 2, Éditions SONSTEG, 2020, p. 166-182.

[58] J.-Ph. BERROU et Th. EEKHOUT, « L'économie informelle : un défi au rêve d'émergence des économies africaines ? », (2019) 50-1 ei 121-146, 123 : « […] les économies informelles ont connu une croissance rapide au cours des dernières décennies, notamment en milieu urbain. Dans ce contexte, elles « constituent des modes de vie et de survie [pour] la majeure partie de la population » (Hugon 2007 : 98) et contribuent au PIB à hauteur de 25% à 65% dans les pays d'Afrique subsaharienne (FMI, 2017) ».

[59] H. CISSÉ, *Économie politique - Initiation à la macroéconomie*, Abidjan, Collection CAB, 2012, p. 7.

[60] S. OMBOUDOU, préc., note 33.

[61] Organisation Internationale du Travail, préc., note 43, p. 14.

[62] Id., p. 20.

dans un contexte africain[63]. Il faut se rappeler de la particularité de la structure économique dans un contexte postpandémique de covid-19[64]. Car elle est fortement négativement et/ou positivement influencée par des paradigmes extérieurs (hors Afrique)[65] qui ne correspondent pas toujours aux besoins actuels et réels des populations et de leurs comportements[66]. La volonté de formalisation de l'activité des entreprenants ne correspond pas nécessairement aux véritables besoins de l'économie africaine, comme l'atteste le rapport du FMI précité. Dans cet élan, l'approche du FMI voit, dans la réalité du secteur informel, une révolution au profit d'une dynamisation de l'économie d'une économie particulière appelée par des financiers d'« économie émergente »[67].

2. Une dynamisation de l'activité économique par l'informel

La dynamisation économique n'est rien d'autre que la conséquence directe positive de l'activité des entreprenants commerçants du secteur dit « informel » sur l'activité globale des entreprises formelles au profit de l'économie des pays africains et de l'économie africaine[68]. Il s'agit, en réalité, d'une réaction en chaîne[69]. En effet, les entreprenants commerçants du secteur dit « informel », étant le tandem « sans nom et invisible » des entreprises formelles, favorisent un flux important de la commercialisation des produits[70]. On les retrouve dans les entreprises installées selon les normes régaliennes et intentionnelles édictées par les gouvernements ou par leurs organisations internationales. Ici, il est précisé que les normes de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), de l'Organisation de normalisation (ISO)[71], des organisations sous-régionales des cinq (05) endroits de l'Afrique (Afrique de l'Ouest, d'Afrique centrale, Australe, de l'Est et du Nord) ne sont pas oubliées. Il faut ajouter aussi les lois et règlements de chacun des pays[72] en matière commerciale et de l'espace de l'OHADA dans notre cas d'espèce singulièrement[73].

Comme nous l'avons dit plus tôt, les entreprenants commerçants sont, à notre modeste avis, des « agents économiques invisibles » essentiels à la dynamique du produit intérieur brut (PIB) et propre au contexte africain, et peut-être même de certains pays en développement en Asie et en Amérique du Sud. Ces entreprenants constituent un maillon incontournable à la chaîne d'approvisionnement des petits consommateurs en matière de ravitaillement en produits et d'articles qu'on trouve et retrouve dans les entreprises formelles. Ils participent énormément à créer un pôle commercial déterminant et un marché « invisible » régulier à la consommation locale. Ce marché favorise la conservation des bénéfices nationaux des produits de vente par les entreprises formelles nationales. Cela est positif, car ces bénéfices contribuent à la lutte

---

[63] W. MENE et L. KONE, préc., note 48.

[64] L. VIDAL, F. EBOKO et D. WILLIAMSON, préc., note 9.

[65] P. BACKINY-YETNA, préc., note 40, 318.

[66] W. MENE et L. KONE, préc., note 48.

[67] V. FORSON, « Afrique : le secteur informel fait sa révolution », Le Point (18 juillet 2017), https://www.lepoint.fr/economie/afrique-le-secteur-informel-fait-sa-revolution-18-07-2017-2144068_28.php (consulté le 16 juin 2025).

[68] Observatoire du développement humain durable et de la lutte contre la pauvreté, ministère de la solidarité et de la lutte contre la pauvreté et république du Mali, préc., note 44, p. 42.

[69] A.S. LAUBOUE, « Réflexions sur l'attractivité du statut de l'entreprenant dans l'espace OHADA », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique,* 2024, 31.

[70] F. COULIBALY, préc., note 39, p. 14.

[71] Organisation de Normalisation, « Les normes les plus connues », ISO, https://www.iso.org/fr/popular-standards.html (consulté le 9 juillet 2025).

[72] A. S. LAUBOUE, préc., note 66, 26.

[73] K. I. AGBAM et F. D. FAYE, « Repenser l'entreprenant en droit OHADA : une approche épistémologique constructive », https://juris-intelligence.org/2024/06/15/repenser-lentreprenant-en-droit-ohada-une-approche-epistemologique-constructive/ (consulté le 2 juin 2025).

contre la paupérisation des populations locales et villageoises tout en participant à fidéliser une clientèle nombreuse. Cela s'aligne bien avec la « contrainte budgétaire »[74] modeste des commerçants entreprenants dudit secteur et s'adapte à la fourniture des marchandises apportées à leurs clients et dont la motivation spéculative peut être tributaire du contexte du niveau d'instruction et d'éducation comme facteur encourageant[75].

Le bon marché de consommation locale participe véritablement comme un facteur majeur à la dynamisation de l'économie nationale. Mais le cas d'espèce évoqué avec le prétexte des activités commerciales des entreprenants commerçants du secteur « informel », et il serait réaliste de trouver un statut plus conforme à leur réalité. Il ne s'agit pas de maintenir « coûte que coûte » ou de s'engager forcément dans le paradigme de la formalisation dudit secteur. Car il annonce une incompatibilité très probable avec les « retombées positives »[76] de la dynamique économique qu'ils créent par le biais du secteur dit « informel » et une entrave de la formalité jugée trop rigide. Nous ne perdrons guère de vue l'étendue positive de leurs activités à la création d'emplois et la grande lutte engagée contre la pauvreté en Afrique[77].

B. Une « dé » - paupérisation considérée

Le rôle de « main invisible » de la réaction en chaîne des entreprenants commerçants, pour emprunter et imiter intellectuellement le concept d'Adam Smith cité par Kaboré en Afrique[78], n'est pas une volonté égoïste et destinée à nuire à l'organisation sociale et encore moins à « désacraliser » la philosophie capitaliste et la finalité de maximisation économique des entreprises. Au contraire, c'est une intention bénéfique à toute la chaîne des agents économiques publics comme privés. Elle transcende non seulement les entreprenants commerçants eux-mêmes de se faire un bénéfice et de sortir de la précarité notoire, mais surtout de contribuer au devoir régalien de l'État de création d'emplois pour les personnes désœuvrées (2). C'est le lieu de les former tout en les occupant sainement et en leur garantissant une source de revenus (pour partager l'idée de M. Akinboade[79] et favoriser la création d'une richesse partagée (1) pour tous.

1. Une création de richesse partagée

Un objectif, phare pour lutter contre la pauvreté, se retrouve réalisé, consciemment ou inconsciemment, par des agents économiques[80]. Ils sont moins connus que les lois et les institutions qu'on rattache communément au secteur dit « informel », un secteur peu tolérable et acceptable par les standards internationaux[81]. Pourtant, il s'agit bien de la création d'une richesse partagée par les entreprenants commerçants qui se la partagent à eux-mêmes et les personnes avec qui ils s'engagent dans la réalisation de leurs activités économiques[82]. Cela participe à la « distribution des revenus », comme l'atteste un rapport rendu en 2020 par la République du Mali à la 42e page sur l'impact

---

[74] Alternatives Économiques, « Contrainte budgétaire, définition », Alternatives Economiques (10 février 2014), https://www.alternatives-economiques.fr/dictionnaire/definition/96907 (consulté le 16 juin 2025).

[75] Y.-A. ABESSOLO, préc., note 45, 118-119.

[76] Observatoire du Développement Humain Durable et de la Lutte Contre la Pauvreté, Ministère de la Solidarité et de la Lutte contre la Pauvreté et République du Mali, préc., note 44, p. 7.

[77] Id., p. 34.

[78] P. Fr. KABORÉ, « Questionnements théoriques : la Rationalité Économique à l'épreuve du social, de l'environnemental et de l'humain », dans Responsabilité sociétale de l'entreprise et management éthique en Afrique: prolégomènes, implémentations et implications, Abidjan, Les Éditions du CERAP, 2017 aux pages 29-30.

[79] O. A. AKINBOADE, préc., note 32, 277-300.

[80] H. CISSÉ, Économie politique - Initiation à la macroéconomie, Abidjan, Collection CAB, 2012, p. 2.

[81] Fr. LAPEYRE, « L'organisation internationale du travail face au travail dans l'économie informelle », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2017.3.18-33, 26, DOI : 10.4000/rdctss.322.

[82] ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, préc., note 43, p. 18.

de la productivité du secteur informel au profit de la dynamisation économique[83]. Effectivement, un entreprenant commerçant peut s'avérer être un chef d'entreprise « digne de ce nom » avec un nombre de collaborateurs et de travailleurs surprenant. C'est ce cas que nous nous attelons à analyser et à mettre à nu[84]. Un entreprenant commerçant, pour l'atteinte de ses objectifs d'ordre lucratif, a besoin de se faire aider par des personnes (membres de famille ou proches) qui partagent ses intérêts[85]. Pour ce faire, il va soit solliciter l'aide et le soutien d'une ou plusieurs personnes, selon le besoin ou l'étendue de son affaire. Ces personnes l'aident (ou les aident) à exécuter des activités en vue de garder une clientèle ou de la fidéliser, soit il sera sollicité par ces personnes elles-mêmes en vue d'avoir une activité pour pouvoir se « défendre »[86]. En sollicitant ces personnes, les entreprenants commerçants les forment selon le champ et le domaine d'activité à la pratique commerciale.

Ce qu'on pourrait appeler « learning by doing »[87] dans les pays d'expression anglophone ou ayant un système basé sur le « qu'est-ce que tu sais faire ? » et non le « quel est ton diplôme ? » fréquemment connu dans les pays francophones[88]. Pour ces activités de nature commerciale, il s'agit d'expérience professionnelle. Cela permettra à ces personnes d'avoir une formation, à court, moyen ou long terme, en la matière, et, au sortir de cette activité, d'avoir une expérience professionnelle. Celle-ci est susceptible de leur permettre de créer aussi une activité commerciale de la même nature ou même de former d'autres personnes intéressées à cette activité. C'est la même chose pour les personnes qui sollicitent les entreprenants commerçants dans l'optique de gagner de l'argent ou simplement pour avoir un emploi[89]. Ces personnes bénéficient de la même formation, sauf si elles avaient déjà une telle expérience d'un traitement salarial comme les premières (cela reste à vérifier). Toutefois, il est bien incontournable de savoir que, souvent, ces travailleurs sont des personnes qui viennent, parfois, de la même famille que l'entreprenant commerçant. Ce qui explique le fait que l'entreprise dispose de règles, de pratiques de gouvernance et de fonctionnement qui soient identiques à celles d'une entreprise familiale[90]. Cela n'est pas toujours du goût des personnes qui y travaillent et qui ne relèvent pas de la même famille que l'entreprenant en question, puisqu'elles viennent avec l'intention de se « défendre ». Elles viennent donc pour trouver du « boulot » et se faire de l'argent sans trop de contraintes et non pour se contenter de prestations pécuniaires ponctuelles et occasionnelles. Face à l'intensité de l'activité et aux mouvements importants du marché du secteur dit « informel » des activités économiques, les entreprenants commerçants ont créé, créent et créeront des emplois au profit de leurs collaborateurs et de leurs travailleurs n'appartenant pas à leur famille.

---

[83] OBSERVATOIRE DU DEVELOPPEMENT HUMAIN DURABLE ET DE LA LUTTE CONTRE LA PAUVRETE, MINISTERE DE LA SOLIDARITE ET DE LA LUTTE CONTRE LA PAUVRETE et REPUBLIQUE DU MALI, préc., note 44, p. 42.

[84] V. FORSON, préc., note 64.

[85] ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, préc., note 43, p. 18.

[86] Terme utilisé communément et dans un « langage de débrouillardise » par les acteurs du secteur dit « informel » pour exprimer leur effort de travail, de persévérance et de résilience en termes de recherche d'emploi et de quête de ressources financières pour s'émanciper et sortir de la pauvreté en vue d'un mieux-être.

[87] A.-S. CORNUT, « L'apprentissage par l'action, le "Learning by Doing" », https://www.beedeez.com/fr/blog/lapprentissage-par-laction-le-learning-by-doing (consulté le 23 juin 2025).

[88] Lefaso.net, préc., note 28.

[89] E. VIVANT, Les jeunes diplômés auto-entrepreneurs : une entrée atypique sur le marché du travail, 10 septembre 2014, p. 14, https://enpc.hal.science/hal-01025118> (consulté le 16 juin 2025).

[90] Organisation internationale du travail, préc., note 43, p. 18.

2. Une création d'emploi pour désœuvré(e)s

Qui parle de secteur dit « informel » parle d'un secteur créateur d'emplois[91] avec moins d'exigences de formation académique et d'étude dans une école de renom et ayant une réputation sur le plan communal et national. C'est ainsi que les entreprenants commerçants, par le biais de leurs activités économiques, mobilisent[92] une partie de la population pauvre. Cette population englobe des personnes diversifiées qui n'ont soit été étudiées dans une école, soit pas pu terminer le cursus de formation de base à cause principalement des difficultés financières pour pouvoir suivre et terminer le parcours de formation. C'est le lieu de se rappeler le taux d'alphabétisation et de pauvreté dans chacun des pays en développement en général et de l'Afrique particulièrement[93]. Ce taux permet de ne pas perdre de vue, tout au long de cette analyse, la réalité particulière de notre continent face aux autres du monde. C'est dans cette atmosphère que nombre de personnes vont se retourner à la maison pour devenir soit des entreprenants commerçants, soit des collaborateurs ou leurs travailleurs. Ce qui n'est pas une mauvaise chose, comme on le dit : « Parmi deux maux, mieux vaut choisir le moins grave », même s'il ne s'agit pas, en réalité, d'un mal social d'être un entrepreneur ou un collaborateur[94]. De cette réalité, après avoir quitté l'école ou tout endroit de formation classique, mieux vaut que ces personnes s'adonnent à une « saine » activité que de devenir des voleurs, des délinquants, des criminels ou toute autre catégorie préjudiciable à la tranquillité publique.

Dans ce contexte, le secteur dit « informel », animé par les entreprenants commerçants, devient un endroit moins exigeant et moins contraignant. Il accepte plus facilement leur accueil, les escorte à une formation de nature entrepreneuriale et commerciale et les insère dans la vie active[95]. Les États commencent à comprendre cette importance et la traduisent par une formation basique. Cela se fait par l'introduction, dans certaines écoles, dans les maquettes pédagogiques de formation, des cours intitulés « Initiation à l'entrepreneuriat »[96] aussi bien au cursus primaire que secondaire et même au supérieur en Afrique[97]. Ce qui est fait pour faire beaucoup de bien non seulement à ces personnes et aux entreprenants, mais aussi et surtout aux pouvoirs publics. Car il s'avère que les pouvoirs publics ne disposent pas toujours de tous les moyens pour mieux les orienter et de les canaliser dans une société. Or, notre société connaît une grande disparité et un taux de pauvreté (à ne pas négliger) malgré les efforts économiques pour une croissance inclusive et structurelle pour une meilleure redistribution des richesses[98]. Pour les entreprenants, c'est le lieu de trouver des personnes-ressources (de leurs familles ou non) avec qui travailler et gagner de l'argent

---

[91] A. BA, « L'informel, un secteur clé pour un développement socioéconomique dans les sociétés africaines », *Enjeux et perspectives économiques en Afrique francophone* (Dakar, 4 - 6 février). Observatoire de la Francophonie économique de l'Université de Montréal, p. 720 : « […] les États doivent ériger des politiques socio-économiques visant à accompagner et soutenir les acteurs du secteur informel considéré comme le premier secteur pourvoyeur d'emploi ».

[92] Fonds monétaire international (FMI), préc., note 23, p. 64 : « [Il faut …] reconnaître le rôle économique majeur que jouent, et devraient continuer à jouer encore longtemps, les entreprises familiales, qui offrent un filet de sécurité à une population en âge de travailler nombreuse et croissante. »

[93] Selon l'Agence française de développement, l'Afrique a 60 % des pauvres du monde. Repéré à : Observatoire du développement humain durable et de la lutte contre la pauvreté, ministère de la solidarité et de la lutte contre la pauvreté et république du Mali, préc., note 44, p. 42. : « Peut-être qu'avec le temps, les critères de pauvreté devront être réformés en tenant compte de déterminants non économiques, donc culturels ».

[94] E. VIVANT, préc., note 84, p. 8.

[95] Y.-A. ABESSOLO, préc., note 45, 126.

[96] Africa's Talent Incubator, « Initiation à l'entreprenariat », <https://afric-ti.org/initiation-a-lentreprenariat-1/> (consulté le 23 juin 2025).

[97] MAFICHA, « Formation Complète : Entrepreneuriat en Afrique - De l'idée à la réussite », https://maficha.com/course/formation-compl%C3%A8te-entrepreneuriat-en-afrique-de-l-id%C3%A9e-%C3%A0-la-r%C3%A9ussite-9# (consulté le 23 juin 2025).

[98] African Development Bank Group, préc., note 34.

face à la demande de la clientèle locale et florissante et satisfaisante[99]. Ils en profitent pour agrandir leurs affaires, varier les articles et même diversifier leurs activités en vue d'étendre leur pouvoir d'action, d'embaucher une main-d'œuvre bon marché et moins contraignante. Les travailleurs trouvent par le secteur dit « informel » un lieu moins contraignant financièrement et qui accepte facilement[100] leur « lacune » professionnelle et de formation d'origine[101]. Ce secteur leur offre de « nouvelles options » de prouver leurs capacités et leurs compétences entrepreneuriales par l'obtention d'un emploi rentable, modestement, mais adapté à leur besoin et à ce qu'ils sont aptes à offrir rapidement. Du côté des États, c'est vraiment une offre plus généreuse qu'ils n'auraient pu offrir à leur population. Connaissant le nombre de postes à pourvoir chaque année à hauteur de 15% dans le secteur public[102] et les exigences qui existent comme conditions d'admissibilité et d'admission, ce secteur devient le lieu de soulagement et d'occupation des jeunes et des personnes désœuvrées autour de 20 %[103]. Ces occupations deviennent ipso facto et céleris partibus des emplois créés au profit de toutes les parties prenantes de l'Afrique[104]. Or, le secteur dit informel participait déjà à la dynamisation de l'économie. Cette création d'emplois, même sans prévoyance sociale, devient par conséquent comme « la cerise sur le gâteau » ou « le lait à la bouillie de mil » pour parler comme un vrai Africain, et cela se fait au grand profit de tous les acteurs impliqués, car la dynamique économique y est déjà[105].

Conclusion

Aussi simple que puisse paraître la question de « la liberté d'installation des entreprenants commerçants : outil non financier de dynamisation de l'économie africaine », la réponse n'est pas simple et implique de constater un cadre juridique économique « exclusif ». Ce cadre est exclusif dans la mesure où il s'éloigne de la connaissance de la réalité africaine et de la réponse aux besoins économiques et aux affaires des petits entrepreneurs[106]. Il s'avère qu'une conclusion trop hâtive (à la lumière des spéculations occidentales et étrangères) tirée avec des pensées d'anarchie apparente de leur liberté d'installation nuirait vitalement au « rythme cardiaque » de la dynamique économique du PIB induite par les entreprenants commerçants. Un auteur qualifie cette mobilité des activités de petites et moyennes entreprises (PME) comme « l'épine dorsale des économies africaines »[107]. C'est peut-être pour cette raison que les pouvoirs publics gagneraient à régir cette situation en tenant compte de ces avantages et à l'aune des réalités africaines et des besoins de se construire un système économique à l'Africaine. Cela rejoint bien la pensée de ce culturaliste ivoirien Jean-Marie Adiaffi, qui disait qu'« [u]n peuple qui ne sait plus interpréter ses propres signes, ses propres

[99] J. O. IGUE, « 4. Le rôle du secteur informel dans l'économie », Terrains du siècle 2019.83-100, https://shs.cairn.info/les-activites-du-secteur-informel-au-benin--9782811126735-page-83 (consulté le 23 juin 2025).

[100] S. A. HART, « Apprentissage formel, informel, non formel, des notions difficiles à utiliser... pourquoi ? », Observatoire compétences-emplois (15 juin 2013), https://oce.uqam.ca/apprentissage-formel-informel-non-formel-des-notions-difficiles-a-utiliser-pourquoi/ (consulté le 23 juin 2025).

[101] lefaso.net, préc., note 28.

[102] Ilgeopolitico, « L'Afrique face aux défis du marché du travail : une nouvelle vision pour le développement », https://ilgeopolitico.org/lafrique-face-aux-defis-du-marche-du-travail-une-nouvelle-vision-pour-le-developpement/ (consulté le 23 juin 2025).

[103] Nations Unies, « Le chômage des jeunes en Afrique : défis à relever et possibilités à saisir », 2024, https://repository.uneca.org/handle/10855/50251 (consulté le 23 juin 2025).

[104] Banque mondiale (BM), Les entreprises informelles de l'Afrique de l'ouest francophone : Taille, productivité et institutions, Montreuil (France). Collection l'Afrique en développement, 2012, p. 63 : « Nos estimations, ainsi que celles d'autres chercheurs, indiquent que plus de 80 %, peut-être même 90 %, de l'emploi total est informel. »

[105] V. FORSON, préc., note 64.

[106] W. MENE et L. KONE, préc., note 48.

[107] T. SOMUWA, préc., note 51.

mythes, ses propres symboles devient étranger à lui-même, perd foi en son destin »[108]. En vertu de cette philosophie, inscrite dans cette atmosphère des externalités positives de l'informalité africaine, il nous semble indéniable de comprendre le secteur dit « informel » à la « consubstantialité » de l'essence du comportement entrepreneurial africain en majorité, excepté le Rwanda, l'île Maurice, la Namibie, l'Afrique du Sud très réformés[109] dans le présent cas d'étude, et aux besoins qui en résultent. En lieu et place d'une quête de « conformisation » systématique aux standards internationaux étrangers, loin de notre besoin véritable, il faut s'accepter et se mettre en valeur[110]. Cela justifie essentiellement une compréhension objective et contextuelle de cette réalité au-delà d'un regard et d'une appréhension « barbare » comme nous prévenait Michel de Montaigne à l'entame de cette analyse[111]. Il s'agit de s'émanciper malgré les préjugés, comme le soulignent à juste propos de grands juristes, spécialistes du droit africain et coauteurs de la première encyclopédie juridique de l'Afrique. Pour les professeurs MM. Maurice Glélé-Ahanhanzo et Pierre-François Gonidec, ces termes résument toute la substance de la leçon de construction d'un droit approprié : « Il faut que vive l'Afrique afin qu'elle puisse témoigner aux yeux du monde que sa culture, naguère, bafouée ou dénaturée est capable de s'adapter aux nécessités des temps modernes sans pour autant renier ce qu'elle a en elle de plus profond qui constitue, en fin de compte, sa personnalité, son identité face aux autres États du monde »[112].

[108] ABIDJAN.NET et ADIAFFI, « Pensée de Jean-Marie Adiaffi - Pensée du jour », https://www.abidjan.net/pensees/5178-un-peuple-qui-ne-sait-plus-interpreter-ses-propres-signes-ses-propres-mythes-ses-propres-symboles-devient-etranger-a-lui-meme-perd-foi-en-son-destin (consulté le 23 juin 2025).

[109] Fonds monétaire international (FMI), préc., note 23, p. 65 : « […] Maurice, […] Rwanda […] ».

[110] Idem, p. 53 : « Le secteur informel est une composante essentielle de la plupart des économies subsahariennes, où sa contribution au PIB s'échelonne entre 25 % et 65 % et où il représente entre 30 % et 90 % de l'emploi non agricole. Il ressort de l'expérience internationale que la part de l'économie informelle décroît quand le niveau de développement augmente ; la plupart des pays subsahariens devraient donc conserver des secteurs informels importants pendant encore de nombreuses années, ce qui est à la fois une chance et un défi pour les responsables de la politique économique ».

[111] M. E. DE MONTAGNE, préc., note 1 à la page 215.

[112] M. GLÉLÉ-AHANHANZO et P.-Fr. GONIDEC, *Encyclopédie juridique de l'Afrique : L'État et le droit*, 1, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, p. 7.

RÉFLEXION SUR LA PROCÉDURE DE MÉDIATION DE L'ACTE UNIFORME DE L'OHADA RELATIF À LA MÉDIATION

Akrawati Shamsidine ADJITA
Maître de conférences en droit privé
Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lomé

Résumé : La médiation n'est pas une invention du législateur de l'OHADA. Elle est aussi vieille que le monde. Sa consécration légale à travers l'acte uniforme relatif à la médiation met en évidence son importance dans la résolution des litiges à l'amiable dans l'ordonnancement juridique de l'OHADA. Cela s'explique, car la médiation renvoie à l'idée de justice. Le sentiment de justice n'est pas lié à une époque, il est plutôt inhérent à l'existence humaine et porte en lui-même une exigence, une valeur fondamentale universellement reconnue. Il s'agit du droit à la justice dont le respect permet d'apprécier de façon efficiente les valeurs auxquelles une société est attachée. Toute société a besoin de justice, mais elle ne peut la rendre de manière satisfaisante avec le procédé traditionnel qu'est le jugement. Le juge ne peut pas tout. Le bon sens dicte de l'éviter. Selon un adage populaire, « un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès ». Là où il y a une société, il y a des différends. Là où il y a des différends, il y a des modes de règlement des différends parmi lesquels la médiation occupe une place de choix. Avatar médiatisé de la justice consensuelle, panacée de la déjudiciarisation et de la déjuridicisation, la médiation est parée de toutes les vertus pour éviter le procès. Elle apparaît donc comme une alternative à laquelle peuvent recourir les parties en conflit pour régler leur malentendu à l'amiable tout en préservant leurs relations d'affaires. Ce n'est pas une procédure laissée à l'appréciation du juge, mais plutôt à celle des parties en conflit qui en sont les principales actrices. Cependant, elles ne peuvent parvenir à la résolution de leur litige que par l'intermédiaire d'un tiers appelé médiateur et sans lequel la procédure serait incomplète. On a donc, d'un côté, les parties à la médiation qui la considèrent comme étant leur affaire et, de l'autre, le médiateur qui est considéré comme le chef d'orchestre de la procédure.

Introduction : Les juristes ont une particularité : c'est qu'ils ont le plus grand mal à se mettre d'accord sur l'objet de leur discipline. Cependant, s'il y a une finalité autour de laquelle l'unanimité semble aujourd'hui être faite, c'est bien l'idée de justice[1]. La médiation[2] renvoie à l'idée de justice à laquelle tout justiciable est légitimement en droit de s'attendre, quel que soit l'endroit où il se trouve. Le sentiment de justice a toujours habité chacun de nous dans sa vie de tous les jours, peu importe les actes juridiques qu'on accomplit. La principale mission du droit n'est-elle pas d'assurer la justice de tout un chacun dans ses activités quotidiennes ? La manifestation de ce sentiment s'offre à nous sous diverses formes : entre le professionnel et le consommateur dans ses diverses activités de consommation[3], entre les contractants professionnels victimes d'une mauvaise exécution du fait de l'ambiguïté des termes du contrat[4], ainsi du créancier inquiet de l'insolvabilité de son débiteur[5] ou de la victime d'un dommage qui

[1] E. CLEMENT, *La justice*, collection Profil, série Notions philosophiques, éd. Hatier, 1995, p. 3 et suiv.
[2] M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Que sais-je, 6ème éd., PUF, p. 1 et suiv.
[3] J.-D. PELLIER, *Droit de la consommation*, 4ème éd., Lefebvre Dalloz 2024, p. 1 et suiv.
[4] A. S. ADJITA, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *Recueil PENANT*, n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473 et suiv.
[5] Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 12ème éd., LGDJ, 2018, n°s 1 et suiv., p. 13 et suiv.

demande réparation au responsable du délit[6]. Ce sentiment n'est pas lié à une époque, il est plutôt inhérent à l'existence humaine. Il porte en lui-même une exigence, une valeur fondamentale universellement reconnue[7]. Il s'agit du droit à la justice[8], un droit naturel[9] érigé aujourd'hui en un droit fondamental par les instruments juridiques nationaux et internationaux[10]. On le reconnait aujourd'hui sous l'appellation commune de « droit de l'homme »[11] consacré par les lois fondamentales de chaque État. La justice est donc un besoin naturel[12]. Elle est la boussole de la société[13]. Son respect permet d'apprécier de façon efficiente les valeurs auxquelles une société est attachée[14]. Sa mise en œuvre dépend de la façon dont chaque société est juridiquement organisée. Toute société a donc besoin de justice, mais elle ne peut la rendre de façon satisfaisante avec le procédé traditionnel qu'est le jugement[15]. Le juge ne peut pas tout. En dépit des nombreuses qualités attachées à l'office du juge, le recours à ce dernier est ressenti comme insatisfaisant par nature. Le bon sens dicte de l'éviter[16]. Selon un adage populaire, « un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès »[17]. On retrouve cette logique de pensée dans l'ancien droit qui disait ceci : « Accord vaut mieux que plaid »[18]. Cette volonté d'éviter le procès est partagée sous d'autres cieux par de nombreuses sociétés humaines à travers leurs cultures. On la retrouve aussi bien dans les écrits philosophiques[19] que religieux les plus anciens et les plus suivis[20] qui privilégient la balance de la négociation au glaive tranchant de la justice[21]. La faveur dont jouit l'arrangement amiable se manifeste par la pratique traditionnelle de l'arbre à palabres en de nombreux endroits d'Afrique noire et de la conciliation systématique sur le continent asiatique[22].

Il serait vain de tenter de retracer une histoire complète de ces méthodes. Elles ont toujours existé. Et cela s'explique aisément[23]. Là où il y a une société, il y a des différends. Là où il y a des différends, il y a des modes de règlement des différends[24] parmi lesquels la médiation occupe une place de choix. La médiation n'est pas une institution nouvelle. Elle est aussi vieille que le monde. Son ancienneté explique sa présence constante dans l'histoire de la pensée humaine[25]. Elle constitue aujourd'hui un concept majeur de notre temps car elle a pris une importance sociale qui la

---

[6] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10ème éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n°s 872 et suiv., p. 493 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LECQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* 8ème éd. Dalloz, n°s 697 et suiv., p. 677 et suiv., n°s 898 et suiv., p. 859 et suiv.

[7] E. CLEMENT, op. cit., p. 4.

[8] S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale,* 14ème éd., LexisNexis 2021, n°s 389 et suiv., p. 330 et suiv.

[9] E. CLEMENT, op. cit., p. 7.

[10] Voir en ce sens la Charte internationale des droits de l'homme, Nations Unies, voir introduction, p. 1 à 3 ; voir Déclaration universelle des droits de l'homme, articles 1 et suiv. ; La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Amnesty international publications, p. 1 et suiv.

[11] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2ème éd. Dalloz, 2015, p. 3 et suiv.

[12] E. CLEMENT, op. cit., p. 7.

[13] Ibid., p. 3.

[14] Ibid., p. 4.

[15] La garantie au procès équitable (article 7 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 10 Charte internationale des droits de l'homme, Conv. EDH, art. 6, § 1er). Il y a un préalable obligatoire qui consiste à passer par la médiation ou la conciliation, lequel ne constitue pas un obstacle à l'accès au juge

[16] J.-Ph. TRICOIT, *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, Cours intégral et synthétique, éd. Gualino, Lextenso, 2019, n° 1, p. 23.

[17] Ibid.

[18] Ibid.

[19] ÉPICTETE et ARISTOTE avec *l'Éthique à Nicomaque*, Livre V, 1129a-1130b, trad. J. Tricot, éd. Vrin, 1990.

[20] *Bible et Coran.*

[21] E. CLEMENT, op. cit., p. 3 et suiv.

[22] Ibid.

[23] Ibid.

[24] Il y a quatre modes de règlement des différends qui sont traditionnellement considérés comme alternatifs à la justice étatique. Il s'agit de l'arbitrage, de la médiation, de la conciliation et de la transaction.

[25] M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., p. 1.

renouvelle complètement et rend urgent un effort théorique sérieux[26]. On l'a parfois apparentée à des modes de régulation existant de longue date dans les sociétés traditionnelles, qui pourtant en diffèrent par des aspects essentiels[27]. Exercés le plus souvent par des notables, ils reposent sur des systèmes internes de pouvoir[28]. La mission de pacification entre les paroissiens confiée aux clercs par les évêques de l'ancienne France ou les palabres d'Afrique[29] illustrent bien la régulation par autorité sociale interne. Or, la médiation contemporaine repose sur le tiers extérieur, sinon on doit parler de conciliation. Les modes traditionnels étaient comme distillés naturellement par le groupe et revenaient naturellement aux chefs sociaux, à la différence de la médiation contemporaine qui se signale par son caractère délibéré et hors pouvoir[30]. Tout ceci témoigne de l'actualité du sujet, laquelle se manifeste par l'utilisation à tout propos du terme « médiation ». Ce foisonnement, s'il reflète le besoin vital de médiation, rend urgent de cerner les contours de la notion ainsi que la problématique de son insertion institutionnelle dans une société qu'elle reflète et qu'elle peut modifier[31].

Avatar médiatisé de la justice consensuelle – négociée ou conventionnelle –, panacée de la déjudiciarisation et de la déjuridicisation, la médiation dispose de ce caractère magique dont toutes les institutions juridiques ne peuvent se prévaloir[32]. Appartenant à la catégorie des modes alternatifs de règlement des différends, dont la terminologie est affectée par un flottement certain, la médiation est parée de toutes les vertus pour éviter le procès[33]. C'est pourquoi elle suscite un engouement continu depuis quelques décennies[34]. Pourquoi un tel engouement pour ce mode alternatif de règlement des différends ? La réponse à la question s'avère nécessaire. Le recours aux procédures alternatives de règlement des différends est aujourd'hui perceptible dès lors qu'il s'agit de rechercher les solutions à un conflit né entre les personnes, qu'elles soient commerçantes ou non. Dans toutes les législations, on constate que le législateur fait une part belle à la médiation qui tend à se généraliser tant sur le plan interne qu'international. Il s'agit d'un engouement justifié par les besoins de l'heure[35]. La médiation apparaît donc comme une alternative à laquelle peuvent recourir les parties en conflit pour régler leur malentendu à l'amiable tout en préservant leurs relations d'affaires[36]. Elle est définie à l'article 1er de l'acte uniforme relatif à la médiation (AUM) comme « tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États ».

Dernière trouvaille du législateur de l'OHADA dans sa quête des instruments juridiques de résolution des conflits à l'amiable, la médiation a une histoire qu'il convient de découvrir. Sa consécration par le législateur à travers l'Acte uniforme relatif à la médiation met en évidence son importance dans la résolution des litiges dans l'ordonnancement juridique de l'OHADA. Créée le 17 octobre 1993 par le Traité de Port-Louis (Île Maurice), l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a, dès son origine, fait de l'arbitrage le mode privilégié de

[26] Ibid.
[27] F. Ben MRAD, « Médiation et régulations négociées », in *Penser la médiation*, éd. L'Harmattan, 2008 cité par M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., p. 1.
[28] Ibid.
[29] J.-G. BIDIMA, *La palabre*, éd. Michalon, 1997, cité par M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., p. 1.
[30] M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., p. 1.
[31] Ibid.
[32] J.-Ph. TRICOIT, op. cit., n° 1, p. 23.
[33] Voir les articles 59 et 60 du Code pénal togolais.
[34] J.-Ph. TRICOIT, op. cit., n° 1, p. 24.
[35] Ibid.
[36] B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *JDI*, 1993, p. 816.

règlement des litiges commerciaux. Rien n'étant prévu par l'OHADA pour la médiation, certains États avaient tenté de combler cette lacune par l'adoption de textes nationaux[37]. Cet oubli est désormais réparé par l'adoption le 23 novembre 2017 d'un acte uniforme sur la médiation, lequel est entré en vigueur le 15 mars 2018 et s'applique aux médiations « commencées » après cette date. Aux termes de l'article 17, l'Acte uniforme relatif à la médiation « tient lieu de loi relative à la médiation dans les États Parties ». Ce qui signifie qu'en application de l'article 10 du Traité de Port-Louis, ses dispositions prévalent sur « toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »[38]. L'AUM est l'aboutissement d'une réflexion amorcée lors du Conseil des ministres qui s'est tenu en 2011 à Bissau en Guinée Bissau. Celle-ci s'est poursuivie par une étude préalable réalisée en 2013 par le Cabinet FIDAL sur « la pertinence et la faisabilité de l'extension du droit des affaires de l'OHADA à de nouvelles matières », dont la « médiation commerciale ». Outre ses propositions, ce travail a largement consisté à recenser la situation dans les pays membres : un seul d'entre eux à l'époque (le Burkina Faso) avait une loi en la matière. Par ailleurs, une des questions préliminaires portait sur la question de savoir s'il fallait donner naissance à un acte uniforme consacré à la médiation ou ajouter un volet « médiation » à l'acte uniforme sur l'arbitrage à l'occasion de la révision de celui-ci. Il est heureux, à la fois pour l'autonomie de la matière et la portée symbolique attachée à la naissance d'un nouvel acte uniforme, qu'il ait finalement été décidé que la médiation bénéficierait de son propre acte uniforme[39]. Ce qui contribue à consolider son autonomie[40] par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des conflits parmi lesquels l'arbitrage joue un rôle important[41].

L'acte uniforme relatif à la médiation n'est pas relatif à la « médiation commerciale » mais à la « médiation » tout simplement, au sens large du terme. Le choix de l'intitulé de l'Acte peut paraître surprenant pour un acte uniforme relatif au droit des affaires et dont le champ matériel devrait, a priori, s'inscrire dans le domaine reconnu au droit OHADA tel que prévu par le Traité OHADA. Elle ne saurait porter à l'inverse sur des domaines du droit non harmonisés dans l'OHADA comme le droit de la famille ou encore le droit du patrimoine. La précision du champ matériel de la médiation se retrouve dans l'article 1, a) de l'AUM dans lequel le législateur parle « … d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le "différend") découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport ». À travers ce bout du texte de l'article 1, a), le législateur OHADA a pris soin de préciser sur quoi porte la médiation. Certes, la médiation a vocation à s'appliquer aussi bien aux différends ayant une origine contractuelle qu'aux différends ayant une origine délictuelle[42]. Mais la question qui se pose est celle de savoir si l'acte uniforme relatif à la médiation a vocation à s'appliquer à tout type de différend, qu'il soit civil ou commercial.

La question mérite d'être posée, car la vocation de l'OHADA est de régir le droit des affaires et non les relations civiles. Par rapport à cette logique juridique, peut-on naturellement penser que le champ d'application de l'AUM est circonscrit à celui des matières traitées par les neuf autres actes uniformes ? Le doute est permis. Il l'est davantage d'autant plus que, dans le texte initial de l'acte uniforme relatif à la médiation, on parlait de « médiation commerciale ». Les rédacteurs ont ensuite évolué

[37] Loi n° 52-2012 du 17 décembre 2012 pour le Burkina Faso, loi n° 2014-389 du 20 juin 2014 pour la Côte d'Ivoire, décret n° 2014-1653 du 24 décembre 2014 pour le Sénégal.

[38] La CCJA dans son avis 001/2001/EP du 30 avril 2001 considère que toute disposition contraire à celle provenant d'un Acte uniforme doit être considérée comme abrogée ; sur la notion de « disposition contraire », cf. avis de la CCJA n°002/2017 du 16 février 2017.

[39] Publié le même jour que l'Acte uniforme révisé sur l'arbitrage et le règlement d'arbitrage révisé de la CCJA

[40] M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 6ème éd., PUF, Que sais-je ? voir IIème partie, spéc. « L'autonomie conceptuelle de la médiation » ; Hubert TOUZARD, *La médiation et la résolution des conflits*, PUF, 1977, p. 87.

[41] J.-Ph. TRICOIT, *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, op. cit., p. 27.

[42] Voir la loi burkinabé du 17 décembre 2012 sur la médiation qui limite son champ d'application aux « litiges d'ordre contractuel », article 1 alinéa 2.

pour ne retenir en définitive dans le texte final que le terme de « médiation ». Ce qui constitue assurément un indice qui témoigne de la volonté du législateur d'étendre le champ d'application de l'acte uniforme relatif à la médiation. La raison de cet assouplissement est simple. En l'absence d'un acte uniforme sur le droit des contrats, il faut souligner que les neuf actes uniformes ne couvrent pas l'ensemble de la matière commerciale (par exemple, les matières bancaires ou assurancielles n'y sont pas traitées) et que de nombreux litiges - commerciaux ou non - trouvent leur origine dans les difficultés d'interprétation ou dans l'inexécution d'un contrat. La même question peut se poser pour la médiation en matière familiale ou sociale, peut-être de manière plus aiguë dans la mesure où un certain nombre de pays membres de l'OHADA prévoient expressément des régimes de conciliation en matière familiale et sociale[43] dont l'application pourrait se trouver écartée dès lors qu'une disposition du régime se heurterait à une disposition contraire de l'acte uniforme relatif à la médiation[44]. De manière surprenante, l'article 2 qui définit le champ d'application de l'acte uniforme reste muet sur le sujet, se contentant d'écarter son application « aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties ». L'absence de précision du texte amène à penser que l'AUM, à l'instar de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, a vocation à s'appliquer à tout type de différend dès lors que celui-ci porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition[45]**.** Dans la mesure où l'objectif de la médiation est de parvenir à un accord, il paraîtrait stérile de mener une médiation pour régler un différend portant sur des droits sur lesquels les parties n'auraient pas le pouvoir de transiger[46].

L'AUM ne précise pas non plus son champ d'application spatial. Deux raisons peuvent expliquer le mutisme du législateur sur ce point. La première tient à la nature conventionnelle de la médiation[47] ; la seconde repose sur la nécessité d'autoriser un rattachement aussi large que possible[48]. Un tel rattachement peut : d'une part, couvrir des situations dans lesquelles le lieu de la médiation se situe dans l'espace OHADA (si le lieu est déterminé), lorsqu'un accord issu de la médiation a vocation à être homologué dans l'OHADA, lorsqu'une ou plusieurs des parties à la médiation sont ressortissantes d'un État-partie de l'OHADA, lorsque un tribunal arbitral ou judiciaire d'un État-partie a préconisé la médiation, ou selon le lieu où se déploient les effets de l'opération économique objet du litige (au sein de l'OHADA ou entre l'OHADA et l'étranger) ; et, d'autre part, être basé sur un accord des parties, notamment lorsque des parties étrangères choisissent d'appliquer l'AUM. Comme on peut le constater, l'AUM s'applique aussi bien à des médiations internes à l'OHADA qu'à des médiations internationales, au sens donné par les parties[49].

Le champ d'application quant aux personnes de l'AUM est défini par l'article 1 a) de l'acte uniforme. Les personnes concernées par la médiation sont clairement mentionnées dans la dernière portion du texte dans laquelle le législateur parle d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord « … impliquant des personnes physiques ou morales, des entités publiques ou des États ». Les personnes concernées

[43] Par exemple, le Bénin ou le Burkina Faso qui prévoient tous deux en matière sociale un préalable de conciliation devant l'inspecteur du travail.
[44] La CCJA dans son avis 001/2001/EP du 30 avril 2001 considère que toute disposition contraire à celle provenant d'un Acte uniforme doit être considérée comme abrogée ; sur la notion de « disposition contraire », cf. avis de la CCJA n°002/2017 du 16 février 2017. Il faut appliquer à ces cas l'adage *generalia specialibus derogant*
[45] O. CUPERLIER, « L'Acte Uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation dans l'espace OHADA », Issu de Cahiers de l'arbitrage - n°2 - page 241 Date de parution : 01/11/2018 Id : CAPJIA2018-2-004 Réf : CAPJIA 2018, p. 241, La Baselextenso, p. 2.
[46] Ibid.
[47] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, « Le 10ème Acte uniforme de l'OHADA sur la médiation », Lexbase édition Ohada n°13 du 12 juillet 2018, p. 2.
[48] Ibid.
[49] Ibid. p. 2 et 3.

par la médiation sont, d'après cette partie du texte, les personnes physiques ou morales, les entités publiques ou les États. Ce qui signifie que l'AUM s'applique aussi bien à des médiations impliquant des personnes physiques ou morales entre elles, par exemple pour des questions de droit commercial général, qu'à des États ou à des sociétés contrôlées par des États, par exemple dans le cadre de contrats de concession pour la gestion des déchets ou la construction d'ouvrages d'infrastructures, tels que la construction d'un pont ou d'une route[50]. Cette dernière précision est particulièrement importante, car elle met en exergue les personnes concernées par le texte sur la médiation. Il s'agit de tous les acteurs de la vie économique, de la vie des affaires.

Somme toute, l'acte uniforme relatif à la médiation a été conçu à l'image de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui a consacré le principe de la capacité des personnes publiques à compromettre et celui de l'arbitrabilité des différends impliquant des personnes publiques[51]. Cela se justifie par le fait que, dans l'espace OHADA, les États et les personnes morales de droit public sont des acteurs importants de la vie économique. Il est donc important qu'ils soient pris en compte par l'acte uniforme relatif à la médiation. Il faut toutefois souligner que l'AUM n'embrasse pas tout sur son passage. Il exclut un domaine particulier de son champ d'application. Aux termes de l'article 2, dans sa deuxième phrase, l'AUM « ne s'applique pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties ». Cette partie du texte met en exergue la situation dans laquelle le litige est soumis à un juge quelle que soit sa nature, que ce soit un juge qui siège dans une juridiction étatique ou dans une juridiction arbitrale. Dans ce cadre, le litige étant dans sa phase contentieuse, le règlement amiable que tente le juge ne relève pas du domaine de l'acte uniforme relatif à la médiation. L'exclusion de ce domaine du champ d'application de l'AUM s'explique aisément : la médiation a pour but d'éviter que l'affaire soit conduite devant les tribunaux. Sa vocation est d'éviter le procès en trouvant une solution amiable, celle qui arrange les parties en évitant toute publicité issue d'un procès. Si le juge tente de trouver un règlement amiable, c'est juste pour permettre à chaque partie de sauver la face tout en limitant les conséquences fâcheuses d'un procès.

Dans l'hypothèse d'une médiation demandée par le juge ou par l'arbitre, si la médiation prend fin sans que les parties ne parviennent à un accord, la procédure judiciaire ou arbitrale reprend son cours normal. Dans le cas contraire, l'accord issu de la médiation entre les parties, constaté par le médiateur ou le juge, peut être exécuté en vertu de l'article 16 de l'AUM. L'accord issu de la médiation ne tranche pas entre un « gagnant » et un « perdant » ; il fait plutôt la part des choses entre les intérêts raisonnés respectifs des parties et la préservation de leurs relations[52].

D'une manière générale, la médiation, avant d'être légalement consacrée par le législateur de l'AUM, avant d'être un sujet d'étude juridique, est une pratique millénaire qui vise à assurer l'harmonie et la cohésion sociales. Si on part du fait que l'application rigide de la règle de droit n'est pas toujours source d'harmonie pour les parties en conflit, y compris parfois pour la partie qui gagne le procès et qui perd un ami ou un partenaire commercial, on peut conclure que la médiation est une procédure qui permet de sauver les apparences en préservant de ce qu'il y a d'essentiel entre les parties. Dans la recherche de la solution au conflit, toutes les voies qui y mènent sont prises en compte, le conflit étant appréhendé dans toutes ses dimensions, y compris humaine, économique, sociale, culturelle. Ce que le droit, même flexible[53], est impuissant à faire, en particulier face à la diversité des situations humaines, la médiation

[50] Ibid., p. 3 ; O. CUPERLIER, article précité, p. 2.
[51] Article 2, alinéa 2 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage.
[52] M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 8.
[53] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 1983, p. 7 et suiv.

apporte une solution adaptée aux circonstances de la cause. Par sa simplicité dans sa mise en œuvre, la médiation participe d'une logique existentielle entre les parties en conflit. C'est la raison pour laquelle elle a toujours été pratiquée, y compris dans des pays dépourvus de législation en la matière. De toute évidence, une chose reste certaine. L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation dans l'espace OHADA n'est pas neutre. Elle poursuit un but noble. Sa vocation essentielle est non seulement de donner à la médiation une meilleure visibilité pour les acteurs de la vie économique (en particulier publics qui n'ont pas toujours la culture de la médiation chevillée au corps…), mais aussi d'offrir un cadre juridique qui concilie liberté et sécurité juridique.

De façon générale, l'analyse du contenu de l'acte uniforme relatif à la médiation laisse transparaitre une idée essentielle sur le processus. La médiation n'est pas une procédure laissée à l'appréciation du juge, mais plutôt à celle des parties en conflit qui en sont les principales actrices. Cependant, elles ne peuvent parvenir à la résolution de leur litige que par l'intermédiaire d'une tierce personne appelée médiateur et sans lequel la procédure serait incomplète. On a donc, d'un côté, les parties à la médiation qui la considèrent comme étant leur affaire et, de l'autre, le médiateur qui est considéré comme le chef d'orchestre de la procédure. C'est la réalité juridique qui sous-tend la procédure de médiation dans l'espace OHADA. Par rapport à cette logique juridique, deux axes d'analyse s'imposent à nous dans l'étude envisagée. Les deux axes de réflexions s'articuleront respectivement autour des idées suivantes : la médiation, une affaire des parties (I) ; le médiateur, chef d'orchestre de la procédure (II).

I. La médiation, une affaire des parties

Aux termes de l'article 1, a) AUM, la médiation désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant les personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États. Elle est donc une convention entre les parties et un tiers auquel elles demandent un service. Aussi sa mise en route est-elle laissée à leur entière liberté (A). Mais étant avant tout une convention, elle se doit d'être juridiquement encadrée (B).

A. La mise en route de la procédure laissée à la libre appréciation des parties

Le pouvoir des parties dans la mise en route de la procédure s'apprécie à travers deux actes : son déclenchement (1) ainsi que sa conduite (2).

1. Le déclenchement de la procédure

Aux termes de l'article 1er, alinéas 2 et 3 AUM, la médiation peut être mise en œuvre par les parties (médiation conventionnelle), sur demande ou invitation d'une juridiction étatique (médiation judiciaire), d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente. Elle peut être ad hoc ou institutionnelle. Pour qu'il y ait médiation, les parties au litige doivent choisir la forme qui leur convient (a) ainsi que le moment de son déclenchement (b).

a. Choix de la procédure

Aux termes de l'article 1er alinéa 3 de l'AUM, la médiation peut être ad hoc ou institutionnelle. La médiation est institutionnelle lorsqu'elle est administrée par une institution. À titre d'exemple, on peut citer la Cour arbitrage du Togo (CATO), la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI) à Abidjan ou encore le Centre d'arbitrage, de

médiation et de Conciliation de Ouagadougou (CAMC-O)[54]. Toutes ces cours proposent des règlements de médiation qui peuvent être adoptés par les parties. La médiation peut aussi être ad hoc. Dans ce cas, elle se caractérise par l'absence de référence à un règlement institutionnel et l'encadrement de la procédure par une institution[55]. Comme dans les arbitrages ad hoc, les parties doivent convenir des modalités de la médiation, de son déroulement ainsi que de la rémunération du médiateur avec ce dernier. Toutefois, même dans une médiation ad hoc, les parties peuvent choisir de recourir au règlement d'une institution, sans que cette institution n'encadre la procédure[56]. En cas de médiation ad hoc, où aucun règlement de médiation ne s'applique, les parties et le médiateur concluent un accord sur le déroulement de la médiation, notamment sa rémunération[57]. Cet accord doit être aussi clair que possible et détailler le calcul des honoraires du médiateur afin d'éviter tout différend futur à ce sujet[58]. En principe, les médiateurs sont rémunérés soit au forfait, soit à un taux horaire. En présence d'une institution de médiation, il revient à cette institution de s'assurer que le taux est raisonnable et que les parties et le médiateur respectent le règlement applicable en ce qui concerne les frais de la médiation[59].

La médiation peut également être initiée sur demande ou invitation d'une juridiction étatique (médiation judiciaire), d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.[60] En cas de médiation judiciaire, la juridiction étatique saisie qui désigne le médiateur fixe les frais (en accord avec les parties) et ordonne la consignation des provisions entre les mains du greffier en chef de la juridiction ou de l'organe compétent de l'État-Partie[61]. Aux termes de l'article 13, al. 2 de l'AUM, si une partie ne verse pas sa quote-part des frais fixés, il est permis à l'autre partie de la verser afin que la médiation puisse être mise en œuvre. Une telle situation n'est évidemment pas de bon augure si l'autre partie refuse de consigner sa quote-part de la provision, car cela pourrait être perçu comme le signe qu'elle n'est pas véritablement intéressée à ce que la médiation aboutisse. Conformément aux dispositions de l'article 13, al. 2 de l'AUM, « À défaut de consignation dans le délai fixé par le juge, la procédure judiciaire reprend son cours ».

b. Début de la procédure

Il faut distinguer deux situations : selon qu'il existe entre les parties une convention de médiation ou non (1-1), ou selon que la procédure est déjà en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale (1-2).

1.1. Existence ou non entre les parties d'une convention de médiation

Il faut distinguer selon qu'il existe ou non entre les parties en conflit une convention de médiation.

- **Existence entre les parties d'une convention de médiation**

Les parties peuvent avoir prévu dans leurs relations d'affaires une convention qui les oblige à recourir à la médiation avant toute saisine d'une juridiction étatique ou arbitrale. En droit de l'arbitrage, cette convention s'appelle la clause compromissoire.

[54] M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 2 ; O. CUPERLIER, article précité, p. 3.
[55] Ibid.
[56] M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 2.
[57] Ibid. Pour une vue d'ensemble sur la rémunération des médiateurs, voir le compte-rendu de la table ronde par J. Hauser, La médiation, une activité rémunératrice ? Quelles perspectives d'avenir ? organisée par le CMAP et la Barreau de Paris le 7 novembre 2013 à l'occasion du colloque « Les enjeux financiers de la médiation commerciale ».
[58] Ibid.
[59] Ibid.
[60] Ibid. p. 2.
[61] Ibid. p. 7.

Cette situation juridique relève de l'article 4, al. 1 AUM qui dispose : « La procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non. » Ici, la procédure de médiation qui a été prévue à l'avance dépend de la volonté de la partie la plus diligente. Elle débute le jour où celle-ci décide de mettre en œuvre la convention de médiation. Cette disposition s'applique à l'hypothèse où une convention de médiation existe entre les parties. En pratique, cela signifie que la procédure de médiation débute lorsque la partie qui souhaite l'initier notifie à la partie ou aux autres parties son intention de mettre en œuvre une médiation. Cela prend généralement la forme d'un courrier auquel est jointe la convention de médiation, quand celle-ci est écrite. Les parties devront ensuite se rapprocher pour désigner un médiateur[62]. Il convient de noter que la médiation est un processus souple qui peut être initié à tout moment. Il est important de choisir le bon moment pour initier une médiation, notamment au regard de la stratégie des parties. Une médiation pourra, par exemple, se présenter comme une solution de « dernière chance » avant le recours à un arbitrage ou à une procédure judiciaire, ou comme une option nouvelle sur la table des négociations, ou, à l'inverse, comme une menace dans une relation de bonne qualité[63].

Il faut rappeler qu'une médiation peut également être engagée à l'issue d'une procédure arbitrale, notamment en vue de l'exécution de la sentence rendue[64]. Tout comme l'arbitrage, la médiation ne peut commencer que s'il existe au préalable une convention entre les parties. L'existence d'une convention légitime le recours au processus. Dans le cadre de l'arbitrage, il s'agit de la convention d'arbitrage qui peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis[65]. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport contractuel, tandis que le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par voie d'arbitrage. Dans la médiation, la procédure prend appui sur la convention de médiation, laquelle est soumise aux mêmes conditions que la clause compromissoire[66]. Pour être valable, la convention doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve. Elle doit être exempte de vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence[67].

- **Absence de convention de médiation entre les parties**

Il peut arriver que les parties n'aient pas au préalable conclu une convention de médiation ; dans ce cas, une partie peut inviter l'autre à recourir à la médiation. Cette possibilité offerte à une partie d'inviter l'autre partie à s'engager dans la voie de la médiation est similaire au compromis en droit de l'arbitrage. Pour ce qui nous concerne, la situation est prévue par l'article 4, al. 2 AUM, qui dispose : « Si, en l'absence de convention, la partie qui a invité une autre partie à la médiation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation écrite dans les quinze jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation. » D'après ce texte, l'absence de réponse dans le délai spécifié pour obtenir la réponse de la partie qui n'a pas pris l'initiative équivaut à un rejet de la médiation. Le rejet de l'invitation signifie tout simplement que la médiation ne peut pas avoir lieu[68]. Ce qui est logique

[62] Ibid., p. 4.
[63] Ibid.
[64] Voir A. FENEON, « La médiation post-arbitrale ou la médiation au secours de l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les Etats », Revue *PENANT*, 894, pp 115 à 125, développant l'idée que la médiation peut apparaître comme une voie efficace à laquelle peuvent avoir recours les créanciers munis d'une sentence exécutoire, notamment contre un Etat ou une collectivité publique bénéficiant d'une immunité d'exécution, pour aboutir à une solution vidant définitivement le litige.
[65] Voir Dossier « La médiation et la conciliation » dans *« Droit et Patrimoine »,* n° 77, décembre 1999 pp. 36-41.
[66] M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p 4.
[67] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n°s 494 à 518, p. 283 et suiv.
[68] Ibid., p. 4.

juridiquement. Cela s'explique. En effet, la médiation est un processus qui s'opère dans le cadre d'un contrat. Or, qui dit contrat, dit accord de volontés, donc participation des parties concernées au processus enclenché. Sans accord de volontés des parties concernées, la nomination d'un médiateur s'avère inutile, voire impossible[69]. Il faut en outre souligner que la médiation est un processus volontaire et peut à ce titre être interrompue à tout moment par les parties. En ce sens, une médiation ne sera pas efficace ou ne devra pas être préconisée quand l'une des parties ne témoigne pas d'intérêt pour son enclenchement. Il ne faut pas dans ce cas attendre d'elle un quelconque effort pour parvenir à un accord. Il en ira de même dans la mise en œuvre des moyens pour supporter le coût de la procédure[70]. Dans tous les cas, le refus d'entrer en médiation peut être motivé par trois raisons : l'absence de volonté de rentrer en négociation de la partie qui y est invitée ; l'absence de moyens pour supporter le coût de la procédure ; la mauvaise foi de la partie qui refuse[71]. Dans ce cas, la partie désireuse de régler le différend par la voie de médiation pourrait perdre son temps et engager des dépenses inutiles en optant pour la médiation. Une médiation par défaut est inconcevable, elle est même impossible car la présence des parties aux côtés du médiateur est indispensable[72]. La question qui se pose ici est celle de savoir si la réponse de la partie qui reçoit l'invitation à recourir à la médiation est discrétionnaire, ou si alors elle s'expose à des sanctions en cas de refus abusif. La lecture de l'article 4, alinéa 2 de l'AUM ne laisse aucun doute sur la réponse à donner. Il ressort de ce texte que la partie invitée à la médiation peut manifester son refus de deux manières : soit en adressant par écrit son refus à l'autre partie, soit en gardant silence dans les quinze jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié.

Il est donc évident que l'auteur du refus, du moment où son silence vaut déjà refus, ne s'expose à rien s'il décline par écrit et sans motif l'invitation à recourir à la médiation[73]. La fragilité du recours à la médiation, et même de sa survie, se manifeste d'ailleurs par la faculté reconnue à l'une des parties à la médiation d'y mettre fin unilatéralement, pour ne pas dire discrétionnairement. Mais, dans ce dernier cas, le problème de l'efficacité de la convention d'arbitrage se pose, car si le recours à cette procédure est conventionnel au départ, son interruption devrait, suivant le principe du parallélisme des formes, intervenir sur décision unanime des parties. Or, la faculté d'interrompre unilatéralement la médiation met à mal la force obligatoire des contrats consacrée à l'article 1134 du Code civil applicable au Togo, qui énonce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». C'est d'ailleurs pourquoi, en matière d'arbitrage, « si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention ».

Tout compte fait, les parties qui ont choisi de soumettre leur litige à la médiation sont normalement dans l'obligation d'y recourir, même si elle avortera par la suite. Ainsi, les tribunaux étatiques ou arbitraux doivent se déclarer incompétents s'ils sont saisis, et les médiateurs ont désormais une compétence exclusive pour conduire l'examen du litige[74]. Ce principe est en effet clairement établi en matière d'arbitrage par l'article 23 du Traité OHADA qui dispose que « Tout tribunal d'un État partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande et renverra, le cas échéant, à la procédure d'arbitrage prévue au présent traité ».

---

[69] Ibid.
[70] Ibid.
[71] Ibid.
[72] Ibid., O. CUPERLIER, article précité, p. 2.
[73] Ibid.
[74] Ibid.

1.2. Procédure en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale

La médiation peut ne pas être mise en œuvre immédiatement par les parties dès la naissance du litige. Celles-ci peuvent l'ignorer et s'orienter vers une juridiction étatique ou arbitrale. Cela ne préjuge cependant pas de sa disparition. Elle peut toutefois être mise en œuvre en cours d'instance si cela s'avère nécessaire pour les parties. Il convient d'identifier l'initiateur de la procédure en cours d'instance ainsi que les conséquences qui en découlent.

- **L'initiateur de la procédure de médiation en cours d'instance**

L'identité de l'initiateur de la procédure de médiation est donnée par l'article 4, al. 3 AUM, qui dispose : « Une juridiction étatique ou arbitrale peut, en accord avec les parties, suspendre la procédure et les renvoyer à la médiation. Dans les deux cas, la juridiction étatique ou arbitrale fixe le délai de suspension de la procédure. » D'après ce texte, l'initiative appartient ici au juge ou à l'arbitre. Mais il ne lui appartient pas de l'imposer aux parties. Il doit obtenir leur accord, sans lequel rien ne sera possible. Ce qui est logique, car la médiation est avant tout l'affaire des parties en conflit. Tout cela passe par la suspension de la procédure en cours et le renvoi des parties devant le médiateur.

Comme on peut le constater, les parties peuvent donc être réorientées vers la médiation alors qu'elles étaient déjà engagées dans une procédure devant le juge étatique ou arbitral. Dans ce cas, le juge étatique ou l'arbitre les invite à une médiation s'il juge cette procédure plus apte à résoudre le différend qui lui a été soumis. Cela n'est possible que si la procédure en cours est suspendue. « Dans les deux cas, la juridiction étatique ou arbitrale fixe le délai de suspension de la procédure ». Il faut donc constater que les parties peuvent toujours recourir à la médiation bien qu'une procédure soit déjà engagée devant un juge ou un arbitre. Le recours à la médiation, même lorsqu'une procédure est déjà engagée devant une juridiction étatique ou arbitrale, n'est pas propre à la seule médiation. Cette possibilité est reconnue aux parties en matière d'arbitrage. D'après l'article 4, al. 3, de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, « les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à l'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant la juridiction étatique ». Cependant, les dispositions de l'acte uniforme relatif à la médiation ne sont pas applicables lorsque le juge ou l'arbitre, au cours d'une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties.[75] Une question peut cependant être légitimement posée : quand est-ce que le juge est fondé à demander aux parties dont l'instance est pendante devant sa juridiction de recours à la médiation ? Autrement dit, qu'est-ce qui peut amener le juge ou l'arbitre à renvoyer les parties à la médiation alors qu'il est saisi pour trancher le litige qui les oppose ? Le juge peut inviter les parties à recourir à la médiation dans deux situations : lorsque certains aspects du litige peuvent être amiablement réglés ; lorsque l'application stricte de la règle de droit peut conduire à des iniquités que le bon sens reprouve[76].

Une autre question peut également être posée : quelle est la portée de l'accord de médiation qui interviendrait au cas où la médiation s'avèrerait être un succès ? L'accord obtenu viderait-il l'instance du juge originairement saisi de son objet ? Le législateur de l'AUM ne s'est pas prononcé sur la question. Une chose reste cependant certaine. Le renvoi des parties à la médiation n'a pas pour conséquence de dessaisir le juge du litige qui lui est soumis. Il entraine tout simplement une suspension de la procédure initialement engagée, laquelle reste toujours pendante devant la juridiction étatique ou arbitrale. La suspension est prononcée par le juge qui renvoie les parties à la médiation ; il en fixe la durée. Ce qui signifie que les parties sont appelées à revenir devant la même

[75] Voir C. POLI, « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », *RLDC* n° 88, 2011, p. 91.
[76] Ibid.

juridiction à l'expiration du délai de suspension accordé pour continuer la procédure. Nous sommes en présence de la médiation judiciaire, laquelle reste particulièrement encadrée car elle est sous le contrôle du juge. Le juge n'étant pas dessaisi de l'affaire, les parties doivent obligatoirement revenir devant lui pour deux raisons : soit pour constater la conclusion d'un accord qui consacre l'extinction de l'instance, soit pour continuer l'instance en cas d'échec de la procédure de médiation. Une remarque s'impose cependant. Il faut distinguer la médiation judiciaire de la tentative de règlement amiable d'un litige par un juge lorsqu'il est saisi par les parties. La médiation judiciaire nécessite indubitablement la présence d'un médiateur. Lorsqu'un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties, il n'agit pas en médiateur, mais plutôt en amiable compositeur.[77]

- **Conséquences du déclenchement de la procédure de médiation en cours d'instance**

L'article 4, al. 4 AUM dispose : « Sauf convention contraire des parties, le début de la procédure de médiation suspend le délai de prescription de l'action. Lorsque la procédure de médiation a pris fin sans qu'un accord issu de la médiation soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la médiation s'est achevée sans accord. » D'après ce texte, le déclenchement de la procédure de médiation initiée par le juge avec l'accord des parties engendre une conséquence : la suspension du délai de prescription de l'action, sauf convention contraire des parties.

La suspension du délai de prescription de l'action. Au demeurant, qu'entend-on par prescription ? La prescription a trois définitions : elle est, dans un premier temps, définie comme le mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit par l'écoulement du temps. Dans ce cas, on parle de prescription acquisitive ou de prescription extinctive. Elle est aussi définie comme le mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi. Elle est enfin définie comme le mode d'extinction qui, affectant l'exécution d'une condamnation pénale, empêche que celle-ci soit exécutée lorsqu'elle n'a pu l'être pendant un certain laps de temps déterminé par la loi[78]. Des trois définitions, seule la deuxième nous intéresse, car la prescription dont il est question ici est celle qui concerne l'action en justice. L'article 4, al. 4 AUM parle bien de la suspension « du délai de prescription de l'action ». En effet, la prescription peut faire l'objet d'une suspension. La décision du juge de suspendre le délai de prescription en cas de renvoi des parties devant un médiateur n'est pas propre au seul acte uniforme relatif à la médiation. Elle s'inscrit dans la logique juridique du législateur de l'OHADA qui l'a admise dans l'article 20 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG). D'après ce texte, « la suspension de la prescription a pour effet d'en arrêter temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru ». Il y va de la cohérence entre les différents Actes uniformes de l'OHADA.

Selon l'article 21, al. 1, AUDCG, « la prescription ne court pas ou est suspendue à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». L'alinéa 2 du même texte précise qu'« elle est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les

[77] V. en ce sens A. DELABRIE-RE et A. FENEON, « La constitution du tribunal arbitral et le statut de l'arbitre dans l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage », *PENANT*, n° 833, mai 2000, p. 128 et suiv.
[78] G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, PUF, 2008, p. 709.

deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. Elle est également suspendue lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée ».

Comme on peut le constater, la suspension de la prescription tout comme la limitation de sa durée en cas d'échec de la procédure rentrent dans l'ordre normal des choses. Elles s'inscrivent dans une logique de cohérence interne et externe des actes uniformes de l'OHADA afin d'obtenir l'efficacité attendue desdits actes. Le droit de la médiation de l'OHADA ayant pour principal domaine le droit des affaires, il est donc normal que le législateur de l'AUM s'inspire des dispositions de l'AUDCG pour encadrer la procédure de médiation lorsqu'elle intervient en cours d'instance.

Sauf convention contraire des parties. Lorsque la médiation a lieu en cours d'instance, le principe en la matière est la suspension de la prescription de l'action. Mais les parties peuvent en décider autrement. C'est ce que l'expression « sauf convention contraire des parties » dans l'article 4, al. 4 AUM met en évidence. Ce qui signifie que la convention des parties peut décider du contraire. Dans ce cas, la prescription continuera à courir nonobstant la procédure de médiation en cours. Les parties peuvent décider de ne pas suspendre la prescription et la laisser s'éteindre à l'issue du délai prévu pour son extinction. Dans ce cas, la prescription est acquise et peut être invoquée pour éluder l'exécution de leurs obligations. Mais en aucun cas, les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Les parties peuvent renoncer à la prescription et décider de ne pas s'en prévaloir pour échapper à leurs obligations. Dans ce cas, la prescription ne peut plus être opposée à celui qui revendique l'exécution de l'obligation y afférente. Les conventions devant être exécutées de bonne foi, conformément aux dispositions de l'article 27 AUDCG, le paiement effectué par un débiteur pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription est expiré. Dans tous les cas, s'il est possible de renoncer à une prescription, aux termes de l'article 28 AUDCG, on ne peut toutefois renoncer qu'à une prescription acquise. La renonciation à la prescription est expresse ou tacite. Elle est tacite lorsqu'elle résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription. Il convient de rappeler que la prescription extinctive est une mesure protectrice d'intérêt privé. Aussi, celui qui ne peut exercer seul ses droits ne peut non plus renoncer seul à la prescription acquise. Il doit donc se faire assister par la personne qualifiée à cet effet, du moins par son tuteur ou son curateur. En revanche, un créancier ou toute personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peut l'opposer ou l'invoquer, même lorsque le débiteur y renonce.

2. La conduite de la procédure

Le siège de la procédure se trouve dans l'article 7, al. 1 et 2, de l'AUM. D'après l'alinéa 1, « les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite ». L'alinéa 2 ajoute ce qui suit : « À défaut, le médiateur mène la médiation comme il l'estime approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend. » Les deux alinéas sont porteurs de deux messages. L'alinéa 1 de l'article 7 pose un principe : celui de la liberté des parties dans la conduite de la procédure (a). L'alinéa 2 accorde une exception au principe en reconnaissant les pleins pouvoirs au médiateur si les parties refusent d'assumer la conduite de la procédure (b).

a. Principe : liberté des parties dans la conduite de la procédure

L'article 7, al. 1 AUM dispose : « Les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite. » Il convient de comprendre le message que véhicule cette disposition de l'alinéa 1 de l'article 7 AUM. En effet, le texte consacre le principe de liberté conventionnelle des parties pour ce qui concerne la conduite de la médiation. Ce qui est logique, car contrairement à l'arbitrage et à la justice étatique, le processus se caractérise non seulement par une absence quasi-totale de formalisme, mais aussi par sa souplesse. Toutes ces caractéristiques sont absentes dans la procédure judiciaire ou arbitrale, lesquelles sont soumises au respect strict du principe du contradictoire. Il a ainsi été souligné que « la simplicité de la médiation se déduit naturellement de la grande liberté offerte aux parties »[79] La procédure ne peut en réalité suivre son cours que par l'entremise d'une tierce personne appelée médiateur. Il est nommé conformément à la convention des parties qui fixe les conditions de désignation, de remplacement et de récusation[80]. Rien n'empêche pourtant que les parties demandent l'assistance de toute personne physique ou morale, notamment une institution offrant les services de médiation, afin qu'elle recommande ou nomme le médiateur. En outre, les parties peuvent directement ou par référence à un règlement de médiation décider de la façon dont la procédure doit être conduite[81]… L'article 4, al. 3 de l'AUM prévoit qu'une « juridiction étatique ou arbitrale peut, en accord avec les parties, […] les renvoyer à la médiation ».

Outre le fait que l'AUM ne prévoit aucunement un préalable obligatoire de « règlement amiable » avant la saisine du juge (ou de l'arbitre), comme cela peut se faire dans certains pays ni le juge ni l'arbitre ne peuvent imposer la médiation aux parties en litige[82]. Tout ceci est logique, car le processus de médiation trouve à la fois sa légitimité et sa pleine efficacité dans la libre adhésion des parties. Une médiation à laquelle une partie participe sous contrainte judiciaire (ou arbitrale) a fatalement moins de chance d'aboutir et peut présenter le risque de ternir l'image de la médiation qui apparaîtra dès lors aux parties au litige comme un gadget inefficace et source de coûts et de délais inutiles[83]. Au-delà du savoir-faire du médiateur, c'est aussi parce que les parties ont décidé, de leur plein gré, de s'asseoir autour de la même table qu'elles vont pouvoir instaurer un dialogue et travailler activement à une solution que le médiateur, du coup, n'aura pas nécessairement besoin de leur proposer[84]. La solution sera plus acceptable dès lors qu'elle sera issue de leur pleine et entière volonté. On voit bien la place et la force de la liberté dans le processus ; elle n'est pas sans incidence sur la manière même de conduire le processus et la conception que l'on peut en avoir[85]. Un autre aspect de cette liberté consiste en la faculté dont dispose toute partie de mettre fin à la médiation à tout moment, sans avoir à se justifier ni à encourir de sanction[86]. Cette faculté, loin d'affaiblir le processus de médiation, le renforce et relève de l'essence même de la médiation[87]. Cette faculté est énoncée à l'article 12 d) de l'AUM, selon lequel « la déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie ou aux autres parties et, si un médiateur a été nommé, au médiateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration ». Ce droit est, certes, reconnu dans l'article 12 consacré à la « fin de la procédure de médiation ». Mais il s'agit d'un principe général qui sous-tend la liberté des parties à mettre fin à la procédure à tout moment par une simple déclaration écrite.

[79] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, p. 5.
[80] P. MAYER, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 131.
[81] A. FENEON, article précité, p. 13.
[82] O. CUPERLIER, article précité, p. 247.
[83] Ibid.
[84] Ibid.
[85] Ibid.
[86] Ibid.
[87] Ibid.

Les parties peuvent aussi s'opposer à la médiation lorsque le médiateur leur révèle après sa nomination « la survenance de circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ». Dans ce cas, « il les informe de leur droit de s'opposer à la poursuite de sa mission ». L'expression « le droit de s'opposer à la poursuite de sa mission » contenue dans le texte peut faire penser que : le médiateur est le grand ordonnateur de la médiation ; les parties seraient des personnages passifs qui ne pourraient quitter le navire que s'ils n'ont plus confiance en l'impartialité ou l'indépendance du capitaine-médiateur. Mais la réalité est tout autre : le médiateur n'est pas celui qui fixe le cap, tient la barre, encore moins celui qui rame pour faire avancer le navire[88]. Son travail consiste plutôt à donner la cadence et à faire en sorte que les parties rament dans le même sens pour que les choses puissent avancer de façon raisonnable vers la résolution du différend[89]. Si une partie, pour une quelconque raison, refuse d'avancer et décide de quitter le navire, il ne peut la contraindre à y rester. Le fait pour une partie de quitter le navire met fin immédiatement à la mission du médiateur[90]. Somme toute, l'adhésion constante des parties s'avère nécessaire pour la poursuite de la mission du médiateur.

L'objectif de la médiation est de parvenir à un accord (qui prendra le plus souvent la forme d'une transaction). Aussi convient-il de tout mettre en œuvre pour que cet accord ne puisse souffrir le moindre vice du consentement[91]. Ce qui signifie que l'accord obtenu doit, en toutes circonstances, rester libre, éclairé et exempt de toute contrainte du médiateur[92].

b. Exception : Pleins pouvoirs reconnus au médiateur

Après avoir affirmé dans l'article 7, al. 1 AUM que « Les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite », le législateur apporte une atténuation à son propos dans l'alinéa 2 du texte en ces termes : « A défaut, le médiateur mène la médiation comme il l'estime approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend. » Ce qui signifie qu'à défaut d'accord entre les parties, le médiateur mènera la procédure à sa convenance. Dans ce cas, le médiateur intervient pour conduire la médiation comme il l'estime approprié, au vu des circonstances de l'affaire, de l'objectif de règlement du différend et dans le respect des souhaits exprimés par les parties[93]. D'après les dispositions de l'alinéa 3 du texte, « dans tous les cas, le médiateur accomplit sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux parties et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire ». Cette partie du texte exige du médiateur certaines qualités : être diligent et équitable. L'exigence d'un traitement équitable ne s'applique pas seulement au contenu de l'accord issu de la médiation, mais également à la conduite de la procédure de médiation[94]. D'après l'alinéa 4 du même texte, « le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Toutefois, il peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend ». La qualité de tiers du médiateur l'invite à une certaine retenue. Il ne doit pas imposer aux parties sa vision des choses. Il doit plutôt les amener à adopter la solution qui convient à leur litige[95]. Pour ce faire, sa mission dans cet exercice délicat consistera à faire des propositions en tenant compte non seulement des demandes des parties, donc de leur

[88] O. CUPERLIER, article précité, p. 247.
[89] Ibid.
[90] Ibid.
[91] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n°s 494 à 518, p. 283 et suiv.
[92] Ibid.
[93] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, p. 5.
[94] CUPERLIER, article précité, p. 247.
[95] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, p. 5.

volonté commune, mais aussi des techniques jugées utiles et adaptées aux circonstances du différend. Les propositions du médiateur, dès lors qu'elles sont acceptées par les parties, deviennent leur volonté commune parce qu'elles se les sont appropriées comme venant d'elles-mêmes. D'après l'alinéa 5 du texte, « après consultation des parties, le médiateur peut inviter celles-ci à désigner un expert en vue de recueillir un avis technique ». Si la complexité du différend nécessite la désignation d'un expert, le médiateur peut, après avoir discuté avec les parties, les inviter à désigner cet expert en vue de recueillir son avis technique[96]. L'avis de l'expert est toujours nécessaire dès lors que la dimension du différend nécessite une certaine appréciation de la valeur de certaines choses afin de bien se situer dans le temps et dans l'espace, ou une certaine évaluation du montant du préjudice subi par une partie et dont la réparation est sollicitée[97].

B. Une procédure juridiquement encadrée

Le processus est encadré par l'obligation qui pèse sur les personnes concernées par la procédure de ne pas divulguer certaines informations y afférentes dès lors qu'elle est enclenchée. En la matière, une interdiction formelle de principe est édictée à leur encontre (1). Mais comme toute interdiction de principe, elle comporte une exception (2).

1. L'interdiction de principe de divulguer certains éléments de preuve dans une autre procédure

L'interdiction est édictée par l'article 11, al. 1 de l'AUM par rapport à la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure dès lors que la procédure de médiation est enclenchée. Sur quoi porte l'interdiction ? Quelle est la sanction applicable en cas de violation de l'interdiction édictée ? Il convient d'apporter des réponses à ces deux questions à travers l'étude du domaine de l'interdiction (a) et la sanction de sa violation (b).

a. Domaine de l'interdiction

Le domaine de l'interdiction va être examiné quant aux personnes concernées et quant à l'objet auquel elle s'applique.

- **Les personnes concernées par l'interdiction**

L'article 11, al. 1 AUM interdit à trois types de personnes de communiquer des éléments de preuve dans une autre procédure pendant que la procédure de médiation est en cours. Il s'agit respectivement d'une partie à la procédure de médiation, du médiateur lui-même et de toute tierce personne, y compris celles qui ont été associées à l'administration de la procédure de médiation. L'interdiction a un fondement juridique. Ces personnes sont soumises à l'obligation de confidentialité et « ne peuvent, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, ni invoquer, ni présenter l'un ou l'autre des éléments de preuve énumérés dans le texte, ni témoigner à leur sujet ».

- **L'objet de l'interdiction**

Sur quoi porte l'interdiction ? Aux termes de l'article 11, al. 1 AUM, les personnes ci-dessus citées « ne peuvent, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, ni invoquer, ni présenter l'un ou l'autre des éléments de preuve

[96] C. POLI, « OHADA et médiation : enfin un acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », *Lettre de la CIB,* n°4, février 2018, p. 35.
[97] Ibid.

ci-après, ni témoigner à leur sujet ». Il s'agit d'une invitation à la médiation adressée par une partie ou du fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation, sauf lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 de l'acte uniforme relatif à la médiation. De façon concrète, l'interdiction édictée par l'article 11, al. 1 AUM porte sur : « les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ; les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de médiation ; les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ; le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ; un document établi aux seules fins de la procédure de médiation ». L'interdiction est donc formelle et se doit d'être observée par les personnes qui y sont assujetties. Sa violation expose tout contrevenant à la sanction prévue à cet effet.

b. La sanction de l'interdiction

Quelle est la force de l'interdiction édictée par l'article 11, al. 1 AUM ? Quelle en est la sanction en cas de violation ? Il convient de présenter successivement ces deux aspects de la sanction édictée.

- **La force de l'interdiction**

Aux termes de l'article 11, al. 2 AUM, l'interdiction édictée par les dispositions de l'alinéa 1 du même texte « s'applique quel que soit le support ou la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés ». L'alinéa 3 du texte abonde dans le même sens lorsqu'il énonce que la divulgation des informations visées à l'alinéa 1 du même article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente**.** Ce dernier alinéa met en évidence la force de l'interdiction que même la volonté du juge ou celle d'une autorité publique ne peut affaiblir. Elle est formelle et sa violation entraine sanction.

- **Sanction de la violation de l'interdiction**

L'interdiction de divulguer les informations citées dans l'alinéa 1 du texte de l'article 11 est formelle et rigoureuse. La violation de cette interdiction de faire est sanctionnée par l'irrecevabilité des informations divulguées. L'article 11, al. 3 AUM est clair sur ce point et le dit sans détour dans sa deuxième phrase en ces termes : « Si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en violation des dispositions de l'alinéa 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. » D'après la 3ème phrase du même alinéa 3, ces informations dont la divulgation est interdite ne peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve que « dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la médiation ». Conformément aux dispositions de l'alinéa 4 de l'article 11 AUM, l'interdiction s'applique « que la procédure arbitrale ou judiciaire ou toute procédure analogue se rapporte ou non au différend qui fait ou a fait l'objet de la procédure de médiation ». Mais la loi n'est pas aussi rigide qu'elle ne le laisse paraître. Elle admet une dérogation à l'interdiction édictée.

2. La dérogation au principe d'interdiction

Deux dérogations ont été prévues par le législateur dans les alinéas 1 et 5 de l'article 11 AUM. Aux termes de l'alinéa 1, a), l'obligation de confidentialité qui pèse sur les personnes ci-dessus mentionnées cesse « lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent acte uniforme ». D'après cette disposition, la

dérogation ne fonctionne que dans deux cas : lorsqu'une partie veut prouver l'existence d'un accord ou l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent acte uniforme. Le premier cas qui concerne la preuve de l'existence d'un accord se justifie. La finalité d'une médiation est d'aboutir à un accord entre les parties[98]. Si une partie conteste l'existence de l'accord qui est intervenu entre elle et l'autre partie, il est normal que la loi permette à celle qui en revendique l'existence d'en apporter la preuve[99]. Il en va de même pour la seconde situation. En principe, conformément aux dispositions de l'article 4 AUM, « la procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non. » Mais en l'absence de convention, une partie peut inviter par écrit l'autre partie à la médiation. Si elle ne reçoit pas d'acceptation de son invitation écrite dans les quinze jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation. Pour prouver le refus de l'autre d'entrer en médiation, il est normal qu'on accorde à la partie qui a eu l'initiative de l'invitation d'apporter la preuve de l'envoi de la lettre d'invitation[100]. La seconde dérogation à l'interdiction est accordée par l'alinéa 5 de l'article 11 AUM, qui dispose : « L'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci. » D'après ce texte, l'interdiction de divulgation ne concerne pas deux types d'éléments de preuve : les éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation et ceux constitués en dehors de toute relation avec la médiation. Deux raisons justifient la première exclusion : La première raison concerne les éléments de preuve préexistants. Ils servent tout d'abord à montrer que les parties à la médiation ont eu bel et bien des relations contractuelles qui ont conduit au litige dont la médiation est sollicitée. Ils servent à asseoir la base juridique sur laquelle les parties peuvent fonder leurs prétentions afin de faire évoluer les débats[101]. La seconde raison est toute simple. Étant des éléments préexistants, ils se distinguent des éléments de preuve nés en cours de procédure, lesquels sont concernés par l'obligation de confidentialité. Ce qui est conforme à l'un des principes cardinaux sur lesquels repose la médiation[102]. La seconde exclusion concernant les éléments de preuve constitués en dehors de toute relation avec la médiation, se justifie également. Elle repose sur la liberté de preuve en matière commerciale[103]. En la matière, la preuve est libre. Il appartient donc à chaque partie d'utiliser tous les moyens à sa disposition pour faire valoir ses prétentions[104].

Une chose reste cependant certaine. Même si la procédure de médiation est reconnue comme étant l'affaire des parties, elle ne peut toutefois pas être menée sans l'intervention d'un médiateur considéré comme le chef d'orchestre de cette procédure.

II. Le médiateur, chef d'orchestre de la procédure

Aux termes de l'article 1, b) de l'AUM, le médiateur est tout tiers sollicité pour mener une médiation, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État partie concerné. Mais n'est pas médiateur qui veut. Comment acquiert-on la qualité de médiateur ? (A) Pour quelles missions est-il nommé ? (B) C'est à ces deux questions qu'il convient d'apporter des réponses appropriées.

---

[98] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n°s 463 et suiv., p. 255 et suiv.
[99] Ibid., n°s 557 et suiv., p. 322 et suiv.
[100] Ibid.
[101] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, p. 7.
[102] Ibid.
[103] Y. GUYON, *Droit des affaires*, 11ème éd., LGDJ, tome I, 2001, n° 78, p. 71.
[104] Ibid.

A. L'acquisition de la qualité de médiateur

On ne s'improvise pas médiateur dans une procédure de médiation. Pour être médiateur, il faut être choisi par les personnes compétentes ou par les institutions habilitées à le faire (1). Le choix du médiateur n'est pas libre. Certaines exigences y sont attachées (2).

1. Le choix du médiateur

Qui est compétent pour désigner le médiateur ? (a) Quel profil une personne doit-elle avoir pour être désignée comme médiateur ? (b). C'est à ces deux questions qu'il convient d'apporter des réponses appropriées.

a. Une compétence partagée

Le choix du médiateur est un pouvoir reconnu aux parties (1.1). Mais ce pouvoir peut être transféré à une autorité (1.2) reconnue à cet effet.

1.1. Un pouvoir reconnu aux parties

D'après l'AUM, le choix du médiateur relève du pouvoir souverain des parties. L'article 5 de l'AUM est clair sur ce point. L'alinéa 1 du texte dispose : « Les parties choisissent le ou les médiateurs d'un commun accord. » Comment doivent-elles procéder pour choisir le ou les médiateurs dont elles sollicitent les services ? L'alinéa 2 de l'article 5 apporte la réponse à la question. D'après ce texte, pour la désignation d'un ou de plusieurs médiateurs, « les parties (en conflit) peuvent demander l'assistance de toute personne physique ou morale, notamment un centre ou une institution offrant des services de médiation, appelée « autorité de désignation ». Si la désignation est laissée à la libre appréciation des parties, il n'en demeure pas moins que le choix des personnes qualifiées pour conduire la procédure n'est pas libre. Il nécessite la connaissance des personnes qualifiées pour être médiateurs, car on ne peut pas s'improviser médiateurs si on n'a pas les qualifications requises pour exercer la profession. Ce qui implique un recours aux institutions reconnues pour offrir leurs services aux novices en la matière. Or, les parties en conflit sont censées ne pas connaitre les personnes qualifiées comme telles. À cet effet, l'article 5, al. 3 et 4 AUM les invite à recourir aux institutions habilitées à offrir leurs services en la matière. Dans ce cas, « une partie peut demander à l'autorité de désignation de recommander des personnes ayant les qualités et compétences requises pour servir de médiateur ». Cette première option laisse aux parties l'appréciation de la personne qu'elles vont choisir. Elles peuvent accepter la ou les personnes recommandées ou les refuser en demandant à ce que d'autres personnes leur soient proposées. Une recommandation n'implique pas forcément une acceptation de la personne recommandée. Encore faut-il avoir les moyens d'apprécier le profil des personnes recommandées. Certes, le choix du médiateur relève du pouvoir des parties en conflit, mais ce pouvoir peut être transféré à une autorité appelée autorité de désignation dès lors que les circonstances l'exigent.

1.2. Un transfert du pouvoir à l'autorité de désignation

D'un commun accord, « les parties peuvent également convenir que l'autorité de désignation nomme directement le ou les médiateurs. ». Dans cette deuxième option, les parties renoncent à leur pouvoir de désignation qui leur est reconnu par l'AUM et font confiance à l'autorité de désignation pour qu'elle leur désigne les personnes qualifiées pour effectuer le travail convenu[105]. Une question peut cependant être posée. Combien de médiateurs peuvent être désignés dans une procédure de médiation ?

[105] M. W. BÜHLER et A. S. GIDOIN, p. 3.

L'AUM ne donne aucun nombre en la matière. Il faut cependant souligner que le choix du nombre est subordonné à la nature et à l'importance du différend auquel le ou les médiateurs devraient apporter leurs bons offices. Encore faut-il remplir les conditions exigées pour être éligibles aux fonctions de médiateur.

b. Un profil défini

N'est pas médiateur qui veut. Toute personne ne peut donc pas être éligible aux fonctions de médiateur. Il y a des personnes qui sont éligibles (1.1) et d'autres qui ne pourront jamais l'être, car elles sont exclues (1.2) de cette fonction par la loi.

1.1. Les personnes éligibles

Qui peut être médiateur ? Autrement dit, quelles sont les personnes qui ont le profil pour être désignées comme médiateurs ? L'AUM ne dit rien sur ce point. Il n'y a aucune disposition qui dresse la liste et décline le profil d'un médiateur. La médiation dans l'espace OHADA se veut donc ouverte et accessible à tous, indépendamment de l'existence d'une relation contractuelle formalisée. L'absence d'un statut professionnel du médiateur laisse la porte ouverte à toute personne qui se sent capable de conduire la médiation entre deux personnes en conflit **[106].** Or, on sait que la médiation ne s'improvise pas. Elle est le fruit d'un long apprentissage afin de s'approprier une posture de non-pouvoir et une attitude de facilitateur, laquelle nécessite du médiateur de grandes qualités humaines et celles de bon communicateur. L'absence d'un véritable statut professionnel du médiateur risque d'être une porte ouverte à toutes les aventures dans ce domaine sensible laissé sous la conduite souveraine des parties[107]. L'absence de liste reconnue comme telle justifie le choix des parties de faire recours aux autorités de désignation des personnes reconnues comme celles qui remplissent les conditions requises pour être médiateur.

1.2. Personnes exclues

Si l'AUM ne donne pas la liste des personnes susceptibles d'être éligibles à la fonction de médiateur, il présente, en revanche, le profil des personnes qui ne peuvent l'être. Deux types de personnes sont exclues de la fonction de médiateur. Il s'agit des personnes qui n'offrent pas de garanties suffisantes et celles qui exercent des fonctions incompatibles avec la fonction de médiateur. On entend par personnes n'offrant pas de garanties suffisantes les personnes ayant subi une condamnation judiciaire, des sanctions pour des faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs, ou celles qui sont frappées d'incapacité ou de déchéance professionnelle. Bref, il s'agit des personnes de moralité douteuse[108]. Quant aux personnes exerçant des fonctions incompatibles avec la fonction de médiateur, elles sont régies par les dispositions de l'article 14 de l'AUM qui dispose : « Sauf convention contraire des parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci. »

Le médiateur ne peut assumer les fonctions de conseil dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation, ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci. » L'article 14 AUM cite trois fonctions incompatibles avec la fonction de médiateur : il s'agit des fonctions d'arbitre, d'expert ou de conseil. Le texte n'exclut pas d'office les personnes exerçant ces fonctions de la profession de médiateur. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que certaines conditions soient remplies.

---

[106] Ibid.
[107] Ibid.
[108] D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 30ème éd., Lefebvre Dalloz, 2024, n° 71, p. 41.

L'alinéa 1 de l'article 14 AUM subordonne l'incompatibilité à deux conditions : le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert dans un différend qui a fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci. L'exclusion du médiateur de ces deux fonctions se justifie aisément. Il s'agit pour le législateur d'éviter des conflits d'intérêts[109]. L'impartialité et l'indépendance du médiateur étant exigées pour une bonne médiation, il est normal que le cumul de ces fonctions soit prohibé. Mais le début du texte de l'alinéa 1 apporte une dérogation au principe posé : le cumul est accepté si les parties donnent leur accord. S'il y a une convention contraire des parties, le cumul peut être accepté. L'expression « Sauf convention contraire des parties » qui débute le texte de l'article 14, alinéa 1 AUM, exprime cette volonté contraire des parties de tolérer le cumul de fonctions de médiateur et de celles d'arbitre ou d'expert. L'alinéa 2 du même texte est en revanche plus tranché. Il prohibe de façon rigoureuse le cumul de la fonction de médiateur avec celle de conseil. Le médiateur ne peut donc pas cumuler sa fonction avec celle de conseil. Encore faut-il qu'il réunisse les exigences requises pour exercer la fonction envisagée.

2. Les exigences inhérentes à la qualité de médiateur

Pour être médiateur, il ne suffit pas d'être apte. L'article 5 AUM exige certaines valeurs morales de tout candidat à la fonction de médiateur. Il y a, d'un côté, les qualités intrinsèques attachées à la personne du médiateur (a) et, de l'autre, les exigences inhérentes à la transparence dans ses rapports avec les parties (b).

a. Les qualités intrinsèques requises pour être médiateur

L'article 5, al. 5 AUM dispose : « Lorsqu'elle recommande ou nomme des médiateurs, l'autorité de désignation tient compte des considérations propres à garantir la désignation d'une personne indépendante, impartiale et disponible. Elle prend en compte, le cas échéant, le fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties, notamment lorsque les parties sont de nationalité différente. » Le texte de l'article 5, al. 5 AUM met en exergue les qualités attendues du médiateur. La première phrase du texte exige trois qualités du médiateur : l'indépendance, l'impartialité et la disponibilité. La deuxième phrase du texte invite l'autorité qui recommande ou nomme le médiateur à tenir compte de sa nationalité lorsque les parties en conflit sont de nationalité différente. Cette exigence, à notre avis, attend du médiateur qu'il soit une personne neutre. Bien que l'AUM ne l'exige pas expressément, on peut cependant s'interroger sur la compétence du médiateur. Ce qui implique que le médiateur soit une personne compétente, donc formée. La compétence n'en est pas moins une qualité qu'il faut attendre du médiateur. De toute évidence, le législateur de l'AUM n'a pas listé de façon exhaustive toutes les qualités attendues du médiateur. Si certaines ont été clairement mentionnées, d'autres restent cependant sous-entendues et n'en sont pas moins importantes pour l'acquisition de la qualité de médiateur.

1.1. Les exigences édictées par l'AUM

Trois qualités sont attendues du médiateur : l'indépendance, l'impartialité et la disponibilité.

- **Un médiateur indépendant**

L'indépendance, pour une personne privée, est la situation d'un individu qui exerce

[109] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 34ème éd., LexisNexis, 2021, n°S 43, 92, 924, 1023, 1049, 1058, 1176, 1716, 2344.

seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont confiés.[110] Quid alors de l'indépendance du tiers médiateur ? Elle s'évalue tant à l'égard des parties que de partenaires encombrants, autorités tutélaires publiques ou privées[111]. Il existe trop de médiations dans lesquelles le médiateur n'est que l'émanation d'un des demandeurs de médiation (le représentant de ses intérêts) ou d'une des autorités traditionnellement chargées de trancher les litiges, de manière traditionnelle, c'est-à-dire binaire, avec pouvoir[112]. C'est aussi le cas des associations totalement liées au pouvoir judiciaire par des conventions dont le respect conditionne la prise en charge financière de la médiation. Lorsque le prétendu médiateur est en réalité un mandataire, on se retrouve dans un système bipolaire de négociation. Les avocats ressentaient parfois ce type de difficultés lorsqu'ils tentaient une médiation familiale. Ils amorçaient plutôt une négociation ou une conciliation qui suspendait provisoirement les hostilités. En cas de reprise de celles-ci, ils redevenaient les représentants des adversaires, ce qu'ils n'avaient jamais cessé d'être, conformément à l'essence même de leur mission et comme leur déontologie leur en fait obligation. Depuis peu, les barreaux ont pris conscience de cela et, désormais, les avocats interviennent plutôt comme conseils des parties. Quand ils interviennent comme médiateurs, c'est dès le départ et sans changement de rôle en cours de médiation.

L'appréciation de l'indépendance du tiers est particulièrement exigeante en matière de médiation. Dans d'autres domaines, on se contente généralement d'une absence de soumission à un pouvoir hiérarchique pour apprécier l'indépendance. L'absence de pression politique, morale ou financière guide aussi l'appréciation de l'indépendance. S'agissant du médiateur, il doit aussi veiller à son indépendance fonctionnelle : sa saisine dépend-elle de la volonté d'un pouvoir ? N'est-il pas incité à rendre compte à une autorité du déroulement d'une médiation ? Le secret absolu du médiateur est un élément de son indépendance. Le médiateur peut-il accepter qu'une procédure stéréotypée et préétablie lui soit imposée, notamment le respect d'un délai comme pour certains médiateurs en assurance ? Il arrive que la charte des compagnies interdise à ces derniers d'organiser une rencontre des parties en sa présence. Les conditions de rémunération du médiateur non bénévole constituent le point névralgique de certaines situations à la limite de la médiation. Le bénévolat n'est pas un critère de la médiation, mais les conditions de la rémunération doivent faire l'objet de précautions préservant l'indépendance du médiateur[113].

L'indépendance du médiateur doit donc s'apprécier par rapport à son absence de relation particulière avec l'une des parties à la médiation. À ce titre, il ne doit pas connaître ni de dépendance financière préexistante à la médiation, ni de lien affectif avec l'une ou l'autre des parties à la médiation. L'AUM ne nous dit pas si la déclaration écrite peut mentionner les éventuels liens passés qui, aux yeux du médiateur, n'entacheraient plus son indépendance au jour de sa désignation. L'important, c'est qu'il soit libre de toute pression venant de l'une ou l'autre partie ou d'une autre personne susceptible de fausser son libre arbitre[114] .

L'avenir nous dira si les médiateurs qui interviendront conformément à l'acte uniforme relatif à la médiation pourront adresser aux parties une déclaration écrite faisant état de liens passés qui ont existé, qui ne sont pas de nature à poser de problèmes particuliers par rapport à leur indépendance. Il appartiendra donc aux parties de décider de confirmer le médiateur dans sa mission.

---

[110] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004, p. 472.
[111] M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 6ème éd., PUF, Que sais-je ? voir IIème partie, spéc. « B) L'indépendance du tiers ne peut s'apprécier in abstracto ».
[112] Ibid.
[113] Ibid.
[114] Ibid. C. POLI, article précité, p. 35 ; O. CUPERLIER, article précité, p. 248 ; M W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 3.

- **Un médiateur impartial**

L'impartialité rime avec l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue. Il s'agit d'une exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager les adversaires en toute justice et équité.[115] De la part du juge, dans le débat, l'impartialité exige une attention scrupuleuse à respecter le principe de la contradiction en veillant à ce que chacune des parties jouisse des mêmes chances de faire valoir ses prétentions, en tenant entre elles la balance égale dans la recherche des preuves.[116] Dans la sentence, pour le juge toujours, l'impartialité exige une abstention de tout favoritisme, une obligation rigoureuse de n'avantager aucun des plaideurs, de ne jamais statuer au profit de l'un d'eux pour d'autres raisons que celles qui tiennent au bien-fondé de ses prétentions, devoir de stricte justice[117].

S'agissant du médiateur, son impartialité s'apprécie par rapport à son engagement dans la médiation. Pour ce faire, il est aisé pour lui de faire une déclaration par écrit qu'il se comportera en toute impartialité tout au long de la médiation. Ceci est plus facile à dire qu'à faire, car il s'agit d'une attitude qu'il faudra vérifier sur le terrain même de la médiation, lors de la mise en œuvre de son talent[118]. L'impartialité va s'apprécier par rapport au traitement égalitaire des parties, par exemple, en apportant une égale attention bienveillante aux propos des médiés, en reformulant de façon équilibrée, en se positionnant à équidistance de l'un comme de l'autre, en accordant des apartés ou caucus à l'un comme à l'autre. Cet équilibre de traitement accordé à chacun des médiés est bien le fruit de son impartialité[119]. S'il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence propre à l'impartialité d'un médiateur, il n'est pas impossible de se référer au contenu du devoir d'impartialité qui s'impose, par exemple, aux experts. Ce devoir d'impartialité dans l'exécution de la mission qui lui est confiée implique pour le médiateur trois interdictions : n'avoir aucun intérêt personnel à l'opération ; ne pas avoir pris parti sur le projet[120] ; être indépendant des parties, tant privées que publiques[121]. De façon concrète, le médiateur doit tout mettre en œuvre pour éviter tout conflit d'intérêts ou veiller à prévenir tous risques de conflit d'intérêts[122].

- **Un médiateur disponible**

Le médiateur se doit d'être disponible afin d'être utile aux parties au service desquelles il s'est volontairement engagé. Il doit donc naturellement se mettre à leur disposition pour la bonne marche de la procédure, car la pratique de la médiation exige une bonne maîtrise du temps par le médiateur, facteur important pour la réussite du processus[123]. De façon générale, la maitrise du temps s'impose au médiateur, lequel se doit de planifier un chronogramme des discussions afin de ne pas donner l'impression de faire

---

115 CORNU, op. cit., p. 458.
116 Ibid.
117 Ibid.
118 M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., voir II[ème] partie, spéc. « C) Neutralité et impartialité du tiers ».
119 Ibid.
120 Notamment les personnes qui ont exprimé une opinion dans une affaire ne devraient pas être médiateur dans un différend concernant cette affaire. Mais un médiateur désigné pour conduire une médiation ne devrait pas de ce seul fait être réputé partial pour mener un nouveau processus sur le même terrain.
121 Il peut exister des cas de liens entre le médiateur et l'une ou l'autre des parties. Ce peuvent être des liens financiers, économiques, personnels ou familiaux. Ils peuvent être anciens ou actuels ou passés. Ils peuvent être directs ou indirects. Si l'existence de tels liens est subodorée la garantie d'impartialité n'est pas satisfaite ; encore faut-il apprécier objectivement leur nature, leur intensité et leur ancienneté.
122 En s'inspirant servilement de la définition du conflit d'intérêt retenue par la recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres du 11 mai 2000, il faut considérer qu'un "conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un [médiateur] a un intérêt personnel de nature à influer ou paraître influer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujetti."
123 O. CUPERLIER, article précité, p. 248.

du « sur place »[124] en donnant l'illusion du mouvement. Comme l'indique sa définition, un « processus » de médiation suppose le franchissement d'étapes, de jalons qui peuvent être marqués par des réunions successives. Ces réunions sont parfois rapprochées pour ne pas casser la dynamique positive qui a pu s'enclencher[125]. Toutes ces contraintes exigent du médiateur qu'il soit disponible.

Parfois, les réunions nécessaires pour la médiation sont plus espacées dans le temps afin de laisser les choses se décanter, de permettre aux parties d'évoluer sur les positions initialement affichées. Entre les réunions, le médiateur a l'obligation de conserver le contact avec les parties afin de s'assurer de l'évolution du processus (qui peut passer par la collecte d'informations par les parties, la consultation de tel service technique ou financier, de leur hiérarchie, etc.). Par rapport à cette circonstance des faits, le médiateur doit saisir le moment où les parties sont proches du but pour aboutir à un accord[126]. De façon concrète, conformément au texte de l'article 7 de l'AUM, « dans tous les cas, le médiateur accomplit sa mission avec diligence ». Ce qui signifie que le médiateur doit être diligent. Autrement dit, il doit être attentif et ponctuel dans l'accomplissement de ses devoirs professionnels ou dans la gestion de ses liens personnels[127]. Or, on ne peut être diligent si on n'est pas disponible, car toute l'attention que requiert la médiation exige que le médiateur soit disponible pour les besoins de la cause pour laquelle il s'est engagé envers les parties en conflit. De façon générale, l'expérience montre qu'une médiation qui dure trop longtemps et dans laquelle le médiateur n'aura pas réussi à imprimer un rythme a de fortes chances de s'enliser et donc d'échouer[128]. Maintenir le rythme suppose accorder une attention particulière aux besoins des parties, ce qui exige une disponibilité du médiateur pour les besoins de la cause. Certes, la loi exige certaines qualités du médiateur. Il faut cependant rappeler qu'elles ne sont pas les seules qualités qu'un médiateur doit avoir. D'autres exigences complémentaires non mentionnées par le législateur s'avèrent nécessaires pour une médiation de qualité.

1.2. Les exigences complémentaires

Le législateur a, certes, mentionné certaines exigences qu'il estime essentielles pour acquérir la qualité de médiateur. Il est resté muet sur d'autres exigences qui n'en restent pas moins nécessaires pour consolider cette qualité. Outre les exigences expressément mentionnées par l'AUM, le médiateur se doit d'être neutre, diligent et compétent.

- **Un médiateur neutre**

La neutralité concerne l'issue de la médiation, c'est une attitude à l'égard des résultats[129]. La neutralité correspond au souci de ne pas infléchir, soit au profit d'une mission complémentaire (sécurité, assistance, aide, équité, justice), soit d'un résultat que le médiateur estimerait bénéfique. L'absence d'inflexion corrobore l'autonomie de la médiation et de ses fonctions ainsi que la liberté des parties à la médiation. Il les accompagne dans leur projet sans faire prévaloir le sien[130]. C'est pourquoi il faut éviter de choisir des médiateurs spécialistes du fond, car ils résistent mal à la posture d'expert. La faculté de distanciation nécessite de la part du médiateur une profonde lucidité. Il doit se demander si un des éléments de la situation dans laquelle il intervient n'éveille pas en lui des résonances insoupçonnées, qui le conduisent à s'identifier à une des

[124] Ibid.
[125] Ibid.
[126] Ibid.
[127] G. CORNU, op. cit. p. 305.
[128] O. CUPERLIER, article précité, p. 249.
[129] M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit. voir IIème partie, spéc. C) Neutralité et impartialité du tiers. ; Fathi Ben MRAD « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation », *Négociations* 2006/1 (no 5), pages 51 à 65, in https://www.cairn.info/revue-negociations-2006-1-page-51.htm, Consulté le 23/10/2021.
[130] M. GUILLAUME-HOFNUNG, op. cit., voir IIème partie, spéc. C) Neutralité et impartialité du tiers.

parties ou à la rejeter et donc à n'être plus tiers[131]. Si le tiers est pour un des partenaires, il n'y a plus de tiers, mais un renforcement insidieux d'un des pôles de la situation, il y a assistance et non médiation.

- **Un médiateur diligent**

La diligence est une qualité plus formelle en ce sens que le tiers doit se montrer respectueux de la rapidité de réaction qu'implique sa mission. Dès lors, le médiateur doit satisfaire aux délais impartis et se montrer actif dans son office, sans pour autant suppléer les carences des parties[132].

- **Un médiateur compétent**

L'AUM n'aborde pas la question de la formation du médiateur. Cela peut sans doute s'expliquer non seulement par des raisons politiques, mais aussi par le souci de laisser à chaque État membre le soin de légiférer sur le sujet[133]. Il s'agit d'un sujet sensible dans la mesure où beaucoup de juristes - et notamment ceux qui sont rompus au contentieux – considèrent que leur expérience professionnelle constitue la meilleure des formations. Certains considèrent également que leurs qualités naturelles d'empathie, d'écoute ou encore leur sens de la psychologie suffiraient à faire d'eux de bons médiateurs[134]. Certes, il y a certaines personnes qui sont davantage prédisposées que d'autres, par leur tempérament ou par leur passé professionnel, à être de bons médiateurs. Mais il n'en demeure pas moins vrai que les techniques de médiation ne s'improvisent pas et doivent être apprises[135]. Aussi, pour parvenir à une bonne procédure de médiation dans l'espace OHADA, s'avère-t-il nécessaire que les États parties accordent une place de choix à la formation des médiateurs[136]. De toute évidence, l'exigence de formation des médiateurs s'impose parce qu'elle s'avère être une nécessité pour la bonne pratique de la médiation dans l'espace OHADA. À l'instar de ses homologues français[137] ou ivoirien[138] ou européen, qui l'ont fortement encouragé dans l'article 4.1 de la directive européenne du 21 mai 2008[139], le législateur de l'AUM doit s'inscrire dans la logique de formation des médiateurs afin de donner à son texte le cachet d'un acte uniforme achevé.

L'objection est légitime parce que la compétence s'acquiert. C'est pourquoi la directive de 2008, en son article 4-1, insiste sur la promotion par les États de « la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties ». Par exemple, dans le prolongement de cette directive, depuis 2018[140], le conciliateur de justice suit une journée de formation initiale au cours de la première année suivant sa nomination. Il suit une journée de formation continue au cours de la période de trois ans suivant chaque reconduction dans ses fonctions. La formation initiale et la formation continue des conciliateurs de justice sont organisées par l'École nationale de la magistrature

131 Ibid.
132 C. POLI, article précité, p. 35.
133 O. CUPERLIER, article précité, p. 249.
134 Ibid.
135 Ibid.
136 À ce titre, l'École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA (ERSUMA) s'est fort légitimement emparée du sujet de la formation et ce, dès avant la publication de l'AUM.
137 Tout a commencé timidement en 1995 pour la médiation judiciaire (article 131-5 du CPC), puis en 2012 pour la médiation conventionnelle (article 1533 du CPC) ; de manière plus affirmée par le Décret 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la Cour d'appel. Il y a d'ailleurs un relatif consensus sur le sujet de même qu'il y a consensus sur le fait que la question de la formation de l'arbitre ne se pose pas (en dehors des obligations imposées par certains centres pour figurer sur leurs listes) ce qui peut paraître paradoxal.
138 Article 11 de la loi ivoirienne du 20 juin 2014 en matière de médiation judiciaire.
139 O. CUPERLIER, article précité, p. 249.
140 D. nº 2018-931, 29 oct. 2018, art. 4.

(ENM)[141]. En revanche, en matière de médiation, seule la matière familiale nécessite l'obtention d'un diplôme[142].

b. Les exigences inhérentes à la transparence

L'article 5, al. 6 de l'AUM dispose : « Lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. » Cette disposition met en exergue le devoir de transparence mis à la charge du médiateur. L'exigence mise à la charge du médiateur n'est pas neutre. Elle est conforme à l'air du temps. La transparence est un principe directeur du droit des affaires car elle est un instrument de moralité et d'équilibre des relations contractuelles[143].

On assiste de nos jours à la promotion généralisée des exigences de transparence. Plus personne ne s'oppose aujourd'hui à la transparence dans la conduite des activités politiques, administratives ou économiques tant le concept est accepté positivement et sa négation presque toujours associée au secret et à la corruption[144]. La notion de transparence exerce un pouvoir de fascination tel qu'elle fait souvent obstacle à une analyse de sa signification ou de son contenu[145].

La transparence est la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer. Pendant très longtemps, la vie des affaires était gouvernée par le secret, la transparence était l'exception[146]. Aujourd'hui, nous assistons à un renversement de ce paradigme. Si l'intérêt général exige toujours que des zones de secret soient préservées dans la sphère publique et privée, le secret est devenu l'exception dans la conduite des affaires, car le secret favorise la fraude[147]. En effet, l'exigence de transparence s'explique. Comme le souligne très précisément l'article 5, al. 6 de l'AUM, la transparence exigée du médiateur s'apprécie par rapport à son indépendance ou son impartialité, ou les deux à la fois. Aussi, « toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance » doivent-elles être portées à la connaissance des parties à la médiation. Ces « circonstances », fussent-elles antérieures ou postérieures à sa nomination, doivent être portées à la connaissance des parties à la médiation, quitte à ces dernières de prendre leur décision en toute connaissance de cause.

L'exigence de transparence est de mise pour une raison toute simple. Pendant le déroulement de l'instance, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité. Autrement dit, le tiers qui intervient dans la médiation doit faire montre d'impartialité. Comme le souligne l'article 8 de l'AUM, « le médiateur et toute institution établie dans l'un des États-Parties offrant des services de médiation adhèrent aux principes garantissant le respect de la volonté des parties, l'intégrité morale, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation ». Si le médiateur fait preuve d'impartialité, l'égalité des parties ne sera en aucun cas altérée. S'il se comporte autrement, cette procédure dont la finalité est de rechercher

[141] D. n° 78-381, 20 mars 1978, art. 3-1.
[142] V. LASSERRE, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », études et commentaires, chroniques, procédure civile, Recueil Dalloz - 7 mars 2019 - n° 8, p. 445 ; Kathrin GRAF, La médiation : une approche constructive à la hauteur des conflits de notre temps : Un pont possible entre la justice et la paix dans un monde pluraliste, thèse Université Panthéon-Assas 2017, p. 209 et suiv.
[143] G. CORNU, op ; cit. v. transparence, p. 931.
[144] D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 30ème éd., Lefebvre Dalloz, 2024, n° 34, p. 23.
[145] Ibid.
[146] Ibid.
[147] Ibid.

une solution « sur mesure » acceptée par toutes les parties ne sera que le terreau de l'injustice. Or, les modes alternatifs de règlement des différends doivent assurer aux parties des garanties[148] procédurales équivalentes à celles dont elles jouissent devant les tribunaux étatiques. L'indépendance du médiateur doit l'amener à refuser d'intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient des liens personnels ou économiques. Le médiateur ne doit pas avoir de lien particulier avec l'une des parties au conflit ; il ne doit pas non plus avoir un quelconque intérêt au dénouement du litige pour lequel il a été sollicité[149]. Toute attitude contraire porterait atteinte à son indépendance, gage de son impartialité dans la conduite de la procédure pour laquelle il a été sollicité[150]. L'indépendance ne se marchande pas, elle s'obtient par un comportement exempt de tout lien de subordination vis-à-vis de l'une ou l'autre des parties intéressées par la procédure en cours. En cas de doute sur l'impartialité ou l'indépendance du médiateur, les parties peuvent exercer leur droit légitime de récusation comme en matière d'arbitrage[151]. En effet, dans la procédure arbitrale, l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[152] énonce qu'à partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre ou l'arbitre pressenti « signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance ».

Si on part du fait que la médiation se distingue de l'arbitrage, une petite nuance doit être apportée. L'absence d'indépendance et d'impartialité des médiateurs est sans grande influence sur le cours de la médiation, car, à l'opposé des arbitres, les médiateurs n'ont pas le pouvoir de juger[153] ; ils se limitent plutôt à aider les parties à trouver une solution à leur conflit[154]. Cependant, il n'en demeure pas moins vrai qu'ils peuvent toutefois influencer le résultat si les garanties de transparence ne sont pas présentes. C'est pourquoi le législateur a circonscrit de façon précise les missions qui leur sont assignées.

B. Les fonctions du médiateur

Il s'agit du rôle que doit jouer le médiateur, la raison pour laquelle il a été nommé. L'article 7 AUM nous en donne la teneur. D'après ce texte, « le médiateur accomplit sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux parties et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire ». Conformément au contenu de ce texte, le médiateur a un double rôle à jouer : rapprocher les parties à la médiation (1) et obtenir un accord entre les parties (2).

1. Le rapprochement des parties à la médiation

Pour aboutir au résultat escompté, la médiation doit être souple et volontaire, menée avec diligence et efficacité. Les articles 7, 8 et 9 nous éclairent sur la conduite de la médiation conformément aux souhaits du législateur de l'AUM. L'article 7 intitulé « Conduite de la médiation » prévoit que la volonté des parties prime sur « la manière dont la médiation doit être conduite ». Les parties peuvent ainsi décider de se référer au règlement d'un centre de médiation. « À défaut, le médiateur mène la médiation

148 Civ. 1ère, 8 juin 1999, *Revue arb. 2000,* 116, note LOQUIN.
149 L. BENRAÏS, C. BUTRUILLE-CARDEW, N. FRICERO, *Le Guide des modes amiables de résolution des différends* (MARD), Dalloz, 2015, p. 96.
150 D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 639 et s.
151 J. L. MORELLE, « La vérité - L'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale d'impartialité, d'objectivité, de neutralité et de révélation ? », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 609.
152 CNUDCI est l'acronyme de « Commission des Nations pour le Droit Commercial International ». Elle a été créée par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 17 décembre 1966.
153 X. LINANT DE BELLEFONDS, A. HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, PUF, éditions Que Sais-je ?, p. 63.
154 A. FENEON, « Le projet de loi sur la médiation au Burkina Faso : prémices d'un droit africain de la médiation », article précité, p. 435.

comme il l'estime appropriée, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend ». Le législateur de l'AUM privilégie par là même une vision souple et pragmatique de la médiation en laissant, avec justesse, une grande latitude au médiateur pour mener sa mission en fonction des exigences du dossier et du profil des parties prenantes. Par ailleurs, l'alinéa 4 de l'article 7 AUM indique que « le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend ». Le médiateur de l'OHADA n'est ni un arbitre, ni un juge. Il a pour mission d'accompagner les parties vers une solution amiable à leur différend. Il n'a donc pas vocation à trancher le litige, mais plutôt à aider à trouver une solution acceptée par les parties de façon consensuelle[155].

Certes, le médiateur n'a pas vocation à s'imposer aux parties. Mais il peut leur être utile dans les conditions prévues par l'AUM. Le législateur de l'AUM l'a clairement dit dans le même alinéa 4 de l'article 7 AUM dans lequel il a reconnu au médiateur le droit d'aller plus loin dans la recherche de la solution au différend qui oppose les parties. À cet effet, le médiateur peut, « à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend ». À travers cette disposition, l'AUM reconnait au médiateur la possibilité de se transformer en médiateur avisé, si les parties le lui demandent ou si les circonstances du différend l'exigent ou l'obligent à le faire. Par rapport à ce droit reconnu au médiateur, on peut dire qu'il est ici assimilé à un conciliateur qui peut amener les parties à transiger selon les propositions de solutions qu'il imagine. Il faut cependant éviter d'aller trop vite en besogne. Bien que ce droit de faire des propositions lui soit reconnu, bien qu'il soit devenu une force de propositions pour les médiés, il ne doit toutefois pas imposer sa solution. La liberté de décision des parties est, fort heureusement, préservée, car elle appartient toujours aux parties qui ont le dernier mot. De manière précise, l'alinéa 5 de l'article 7 prévoit que le médiateur peut, après consultation des parties, inviter ces dernières à prévoir une expertise technique amiable pour obtenir l'avis d'un tiers sachant. Cette disposition est la bienvenue parce qu'elle offre une faculté aux parties dans la mesure où il est souhaitable de faire appel à un expert choisi d'un commun accord dans la médiation pour obtenir un avis juridique, technique ou financier, plutôt que de faire reposer cette faculté sur les épaules du médiateur qui, dans cet exercice, même s'il dispose des compétences techniques nécessaires pour émettre un avis, risque de perdre son impartialité et sa neutralité sur le fond de l'affaire[156].

Si le médiateur peut rapprocher les parties, organiser un dialogue et leur proposer des solutions, ou proposer l'intervention d'un expert dans un domaine précis, il ne peut jamais leur imposer tout cela. Seules les parties en ont l'initiative et peuvent décider de la manière dont leur différend doit être réglé. Tout ceci reste cohérent, car le médiateur n'a qu'une obligation : il s'agit d'une obligation de moyens**[157]**, et non de résultat[158]. Même si, dans la pratique, le médiateur peut se réjouir d'avoir contribué à l'aboutissement d'un accord entre les parties, sa contribution est tributaire de leur volonté. Le médiateur expérimenté saura toutefois que l'objectif d'aboutir à tout prix à un accord serait contre-productif. Il convient de rappeler que le rôle du médiateur n'est ni de juger, ni de décider, mais plutôt d'aider les parties à négocier, sans imposer son point de vue, à se détacher de leurs propres convictions, des normes, pour se projeter plus loin[159]. La médiation n'a pas pour vocation de trancher le litige en droit, c'est-à-dire selon les lois et règlements applicables et, dans une certaine mesure, les

[155] O. CUPERLIER, article précité, p. 247 ; M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 4.
[156] Ibid.
[157] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10ème éd., LGDJ Lextenso, 2018, n°s 942 à 944, p. 538.
[158] Ibid., n° 946, p. 539.
[159] O. CUPERLIER, article précité, p. 247 ; M. W. BÜHLER et A.-S. GIDOIN, article précité, p. 4.

précédents, mais selon les intérêts raisonnés des parties et en équité[160]. La mission du médiateur consiste dès lors essentiellement à rapprocher les parties, en organisant un dialogue constructif, et à reformuler les avancées et propositions faites de part et d'autre.

2. La conclusion d'un accord

La finalité de la médiation est d'aboutir à un accord entre les parties en conflit. Sans cet accord, elle sera considérée comme un échec. Qu'entend-on cependant par accord ? L'accord, d'après le Petit Larousse, peut être défini sous plusieurs aspects : tout d'abord, il peut être entendu comme l'état des relations entre personnes ou groupes de personnes qui n'ont pas ou n'ont plus de motifs de s'opposer en matière d'idées, de sentiments, d'intérêts ; c'est une entente, une harmonie. On parle dans ce cas d'un parfait accord entre amis. Ensuite, par accord, on entend la déclaration par laquelle une personne privée, une collectivité reconnaît approuver, permettre quelque chose ; il s'agit dans ce cas particulier de l'émission d'un consentement, d'une autorisation. Exemple : donner son accord verbal. Enfin, l'accord peut être défini comme un arrangement entre deux ou plusieurs parties pour régler un différend, définir les modalités d'une entente ; convention, traité. Exemple : un accord sur les salaires d'une profession. Cette dernière définition est celle qui nous concerne le plus, car elle met en évidence le résultat d'une négociation entre des personnes en conflit. Juridiquement, l'accord est la rencontre des volontés dans le but de produire les effets de droit désirés par les parties. Exemple : Un contrat est un accord[161]. Peut-on concevoir l'accord de médiation en dehors de la figure du contrat ? La question invite à une double analyse.

Par rapport au contrat, l'accord ne semble avoir qu'une seule utilité : il est cantonné à une fonction procédurale n'existant que pour insérer le contrat dans l'ordre juridique. L'accord ne serait ainsi qu'un procédé purement technique. La norme contractuelle créée va en effet faire état de deux composantes : des obligations convenues (part de l'accord) et des obligations statutaires (part de la loi)[162]. En dehors du contrat, l'accord, même s'il n'est pas sanctionné par l'article 1134 du Code civil, n'en est pas moins assorti d'un effet de contrainte. La valeur normative de cet accord est déduite des attentes légitimes créées par les parties, en fonction des signes émis dans leur relation et du temps de cette relation. Les négociations et les ententes issues de ces négociations en sont une illustration[163]. De façon générale, l'accord auquel les parties parviennent à l'issue de la médiation est un contrat soumis aux dispositions du droit commun. Il prend la forme d'un acte sous signature privée[164] ou d'un acte sous signature privée contresigné par avocats[165]. L'accord ainsi trouvé possède la force obligatoire du contrat et tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait, comme tout autre contrat[166]. Ainsi, il oblige les parties à ce qui y est exprimé[167]. Si les parties ont consenti des concessions réciproques, il peut prendre la forme d'une transaction[168]. Il produit alors les effets attachés à la transaction : celle-ci empêche la formation d'une demande ou la poursuite d'une instance ayant le même objet[169]. Lorsque l'accord de médiation ne revêt pas les caractéristiques de la transaction, il convient de faire en sorte que les parties renoncent dans l'accord de médiation à exercer toute action en justice ayant le même objet afin que l'accord trouvé produise le même effet que la transaction, à savoir le renoncement

[160] Ibid.
[161] MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, op. cit., n° 441, p. 238.
[162] Ibid., n° s 428 et suiv., p. 229 et suiv.
[163] Ibid.
[164] Nouveau C. civ., art. 1372 n° Lexbase : L1028KZ4.
[165] Nouveau C. civ., art. 1374 n° Lexbase : L1028KZ4.
[166] Nouveau C. civ., art. 1103 n° Lexbase : L0822KZH.
[167] Nouveau C. civ., art. 1194 n° Lexbase : L0910KZQ.
[168] Nouveau C. civ., art. 2044 n° Lexbase : L2431LBN.
[169] Nouveau C. civ., art. 2052 n° Lexbase : L2430LBM.

à toute action judiciaire ultérieure.

En principe, revêtu de la seule force obligatoire des conventions, l'accord trouvé en médiation ne pourra pas faire l'objet d'une exécution forcée en l'état. Mais l'article 16, al. 1 de l'AUM rend possible cette exécution forcée. D'après ce texte, « si, à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie. L'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée ». Aux termes de l'alinéa 2 du même texte, « l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures » si la requête a été faite par les deux parties. « Le notaire en délivre, à la requête de la partie intéressée, une grosse ou une copie exécutoire. » L'alinéa 3 du texte précise : « À la requête conjointe des parties ou, à défaut, à la requête de la partie la plus diligente, l'accord de médiation peut également être soumis à l'homologation ou à l'exequatur de la juridiction compétente. » Le juge saisi statue par ordonnance et ne peut en aucun cas modifier les termes de l'accord issu de la médiation. L'accord étant la loi des parties, l'alinéa 4 du texte impose une conduite à suivre à la juridiction compétente : se borner à ne vérifier que l'authenticité de l'accord de médiation. Elle doit faire droit à la demande dont elle a été saisie dans un délai maximum de quinze jours ouvrables à compter du dépôt de la demande. Il faut toutefois rappeler que l'accord issu de la médiation est avant tout un contrat, donc une convention. Les conventions devant être légalement formées, aux termes de l'alinéa 5 du texte, « l'homologation ou l'exequatur peut être refusé si l'accord de médiation est contraire à l'ordre public ». Il faut souligner que le juge saisi doit rendre sa décision d'homologation ou d'exequatur dans le délai prescrit par le texte. À défaut de décision dans le délai édicté par le texte de l'alinéa 4 précité, l'accord de médiation bénéficie automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur sollicité. Dans ce cas, comme le lui reconnait l'alinéa 6 du texte, « la partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'organe compétent qui appose la formule exécutoire ». En cas de désaccord entre les parties, « la partie adverse qui estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public peut saisir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'un recours contre l'acte d'homologation ou d'exequatur automatique dans les quinze jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire ; la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage statue dans un délai maximum de six mois. Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont réduits de moitié. » Seul le recours exercé devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage permet de suspendre l'exécution de l'accord conformément aux dispositions de l'alinéa 6 in fine.

De façon précise, l'alinéa 7 du texte de l'article 16 dispose sans détour que « la décision du juge qui accorde l'homologation ou l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours ». N'est donc susceptible de recours devant la seule Cour Commune de Justice et d'Arbitrage que la décision qui refuse l'homologation ou l'exequatur de l'accord obtenu. L'interdiction de tout recours contre une décision d'homologation ou d'exequatur de l'accord issu de la médiation s'explique. En effet, la finalité d'une médiation est d'aboutir à un accord, obtenu avec les bons offices du médiateur, qui sera exécuté par les parties. Une fois l'homologation ou l'exequatur obtenu, il est normal que son exécution soit facilitée. Il est donc normal que la loi interdise tout recours fait à des fins dilatoires afin de retarder son exécution. C'est la raison pour laquelle le seul recours autorisé ne peut être fait que devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans des conditions bien définies. La force de la médiation ne se trouve pas dans l'accord obtenu, mais plutôt dans sa mise en œuvre. Aussi, convient-il de la préserver en interdisant tout recours fallacieux dont le but est d'empêcher sa mise en œuvre. C'est en ce sens l'alinéa 8 de l'article 16 AUM dispose : « Lorsque l'accord issu d'une médiation intervient alors qu'une procédure arbitrale est en cours, les parties ou la partie la plus diligente avec l'accord exprès de l'autre partie peuvent demander au tribunal arbitral constitué de constater l'accord intervenu dans une sentence d'accord parties. Le tribunal arbitral statue sans débat, à moins qu'il estime

nécessaire d'entendre les parties. »

Conclusion

La médiation de l'OHADA n'est pas une invention nouvelle de son législateur. Elle constitue un juste retour dans le passé car la médiation est une vieille institution. Le mérite du législateur de l'OHADA est de l'avoir juridiquement encadré. Il s'agit d'un pragmatisme juridique louable. Mode classique de règlement des conflits, elle a une particularité qu'il convient de souligner. La médiation de l'OHADA est avant tout une affaire des parties en conflit dont le déroulement relève de leur pouvoir souverain. Étant en conflit, elles ne peuvent par elles-mêmes régler leur différend à l'amiable. Pour y parvenir, la présence d'un tiers s'avère nécessaire. Ce tiers appelé médiateur n'est pas là pour imposer son point de vue aux parties, mais pour leur apporter ses bons offices afin de les aider à trouver un accord au différend qui les oppose. C'est un médiateur dont la vocation est non seulement d'être indépendant, mais aussi impartial et neutre. De façon concrète, la médiation initiée par le législateur de l'OHADA est un ménage à trois dont les rôles sont légalement répartis. D'un côté, les parties en conflit qui sont les maîtres de la procédure ; de l'autre, le médiateur qui en est le chef d'orchestre et dont la mission est d'aider les maîtres de l'affaire à parvenir à un accord équitable dont l'homologation ou l'exéquatur peut être demandé au tribunal compétent du lieu de son exécution. Encore faut-il que l'accord dont l'homologation ou l'exequatur est demandé soit conforme à l'ordre public.

JURISPRUDENCE

LE SORT D'UNE ACTION EN CONTESTATION DE SAISIE-VENTE FACE À L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE D'UNE ORDONNANCE RENDUE PAR UNE JURIDICTION PRÉSIDENTIELLE

Florent N'dah N'DRI
Elève-magistrat à l'institut national de formation judicaire de Yamoussoukro

L'autorité de la chose jugée rattachée à une ordonnance rendue par la juridiction présidentielle du tribunal de commerce d'Abidjan a vocation à ôter à l'arrêt de la cour d'appel d'Abidjan, fondant l'action en contestation de saisie-vente, sa valeur de titre exécutoire. Pour pratiquer efficacement en droit OHADA une saisie à fin d'exécution en général et une saisie-vente en particulier, il est exigé du créancier la détention d'un titre exécutoire[1]. Ce titre le dispense de la saisine de la juridiction compétente. Ce qui a fait dire à certains auteurs que les voies d'exécution constituent une discipline déjudiciarisée[2]. Si la nécessité d'un titre exécutoire est d'une importance capitale, cette importance est d'autant plus accrue et mérite une certaine prudence de la part du plaideur qui intente une action en contestation de saisie-vente et qui malheureusement se voit être rappelé l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice antérieure à celle qui fonde sa saisie. Tel est le tableau peint par la décision objet de la présente analyse. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour commune de justice et d'arbitrage, en sa troisième chambre, le 9 mars 2023. Cette décision opposait monsieur Taba Franck à la société United Bank for Africa Côte d'Ivoire.

Il ressortait des faits que, pour recouvrer sa créance de 759.737.343 de franc cfa résultant d'un arrêt rendu par la cour d'appel de commerce d'Abidjan, le sieur Taba a fait pratiquer, le 14 juin 2021, une saisie-vente portant sur quarante-cinq véhicules au préjudice de la société UBA-CI débitrice. Le 14 juillet 2021, la société UBA-CI a saisi le juge de l'exécution du tribunal de commerce d'Abidjan d'une demande en nullité et mainlevée de ladite saisie en estimant qu'il y avait d'une part un défaut de titre exécutoire en raison d'une ordonnance de sursis à exécution rendue le 11 février 2021 par la juridiction présidentielle de la Cour de cassation de Côte d'Ivoire ainsi que d'un arrêt de discontinuation des poursuites rendu par la Cour de cassation le 12 mars 2021 et d'autre part, elle alléguait que quelques-uns des véhicules saisis appartenant à des tiers qui avaient initié l'action en distraction. Le juge saisi de cette demande prononça la nullité et ordonna la mainlevée de ladite saisie. Mécontent, monsieur Taba Franck interjeta appel au motif que le premier juge, en ordonnant la mainlevée totale de la saisi-vente, motif pris de ce que l'article 140 AUPSRVE n'opère aucune distinction et qu'il fallait faire droit à la demande en nullité du débiteur dès lors que la saisie porte sur un bien appartenant à un tiers, a violé ledit article, car celui-ci évoque l'hypothèse d'une saisie portant sur un bien appartenant à un débiteur non propriétaire. La société UBA-CI sollicitant de la cour d'appel la confirmation de l'ordonnance querellée. La cour d'appel infirma l'ordonnance du tribunal de commerce et condamna la société UBA-CI. Insatisfaite, la société forma un pourvoi en cassation devant la CCJA.

La question de droit qui se posait à la Cour était la suivante : une saisie-vente pratiquée en vertu d'un arrêt rendu par la cour d'appel de commerce d'Abidjan constitue-t-elle un titre exécutoire alors qu'une ordonnance aux fins de nullité et de mainlevée de

[1] Selon le professeur DJOGBENOU, le titre exécutoire est un acte pour l'exécution duquel le recours à la force publique est possible : J.F. DJOGBENOU, *Exécution forcée*, 2ème éd., CREDIJ, 2011, p. 67. Voir aussi : S. EKANI, *Liberté de saisir et exécution forcée dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2015, p. 167.
[2] R. ASSONTSA, C. TINKE, *L'immatériel et le droit OHADA des saisies*, L'Harmattan, 2019, p. 56.

saisie-vente avait acquis l'autorité de la chose jugée ? À cette question, la cour répond que l'autorité de la chose jugée rattachée à une ordonnance rendue par la juridiction présidentielle du tribunal de commerce d'Abidjan a vocation à ôter à l'arrêt de la cour d'appel d'Abidjan, et fondant l'action en contestation de saisie-vente, sa valeur de titre exécutoire. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué, rendu en matière de contestation d'une saisie-vente ne reposant plus sur un titre exécutoire, a perdu son fondement juridique et encourt la cassation. La CCJA infirma ainsi l'ordonnance querellée et déclara irrecevables les actions en nullité, mainlevée de saisie-vente et en distraction comme dépourvues d'objet.

Le législateur OHADA, conscient de la place que représente le titre exécutoire dans la procédure de recouvrement, a pris le soin d'énumérer à l'article 33 de l'AUPSRVE le contenu du titre exécutoire. Cette énumération, comme l'affirme la CCJA, est exhaustive[3], mais permet de remarquer que les ordonnances, les jugements et les arrêts, dès lors qu'ils sont revêtus de la formule exécutoire, sont des titres exécutoires. Mais avant qu'une décision de justice ne puisse se voir conférer la formule exécutoire, celle-ci, en tant que décision de justice, a autorité de la chose jugée. En vertu de ce principe, il est interdit de remettre en cause en dehors des voies de recours légalement ouvertes un acte juridictionnel. L'autorité de la chose jugée sert de fondement à l'exécution forcée du droit judiciairement établi. En déclarant que « l'autorité de la chose jugée rattachée à l'ordonnance rendue par la juridiction présidentielle du tribunal de commerce d'Abidjan a ôté à l'arrêt de la cour d'appel de commerce d'Abidjan et fondant l'action en contestation sa valeur de titre exécutoire », la CCJA met en avant le fait que l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice en l'occurrence une ordonnance rendue par la juridiction présidentielle est susceptible de dénuer à une décision servant de base légale, sa force obligatoire.

En faisant disparaitre la force obligatoire de la décision servant de titre exécutoire, l'ordonnance ayant autorité de la chose jugée fait perdre à celle-ci sa nature de titre exécutoire. C'est ainsi que toutes les actions basées sur une telle décision perdent leur fondement. L'attendu de la CCJA considère en clair que l'autorité de la chose jugée d'une décision postérieure annule rétroactivement la valeur exécutoire d'un arrêt antérieur. Car il faut remarquer que l'arrêt qui servait de fondement à la saisie-vente avait été rendu le 7 janvier 2021 par la cour d'appel de commerce d'Abidjan, et l'ordonnance de la juridiction présidentielle rendue le 13 août 2021. Si une décision peut être privée de sa force exécutoire en raison de l'autorité de la chose jugée d'une décision postérieure, cela peut poser un certain nombre de difficultés pour les acteurs du monde des affaires et des praticiens, et surtout pour les créanciers. Ceux-ci ne peuvent donc plus se fier durablement à une décision rendue en leur faveur. Ce qui fut le cas dans notre espèce. Le sieur Franck Taba, en voyant la décision lui servant de titre exécutoire perdre son rang de titre exécutoire, se voit en conséquence perdre son droit au recouvrement. Pour les débiteurs, une telle décision peut entrainer la nullité de leurs actions qui sont fondées sur le titre dépourvu de fondement, c'est-à-dire sur le titre antérieur. Tel fut la triste conséquence à laquelle fit face la société UBA-CI. En effet, celle-ci avait, sur la base de l'arrêt servant de titre exécutoire du créancier, intenté des actions en nullité en mainlevée de la saisie vente pratiquée. Ces actions furent toutes dépourvues d'objet selon la CCJA et partant irrecevables. Cette irrecevabilité se justifie par le fait que les actions de ladite société reposaient sur un titre qui avait perdu son fondement. Pour les tiers, comme ce fut le cas dans notre espèce, une telle solution de la cour a eu pour incidence de déclarer aussi leur action sans objet. Ce qui peut entrainer une certaine insécurité juridique, surtout lorsqu'ils ont agi de bonne foi sur la base d'un titre exécutoire qui était à l'origine valide. Les agents d'exécution ou encore les commissaires de justice, comme c'est le cas en Côte d'Ivoire, risquent ainsi

[3] CCJA, arrêt n° 037/2007, aff. Sté commerciale de banques en CI c/ Sté civile immobilière centre de Treichville, *in OHADA Code Bleu*, éd., 2014, p. 463.

d'exécuter des saisies sur une base fragilisée.

La vigilance est donc de mise et s'impose à tous les acteurs des voies d'exécution. Cette décision de la CCJA confirme le principe selon lequel un titre exécutoire peut perdre sa force obligatoire et entrainer en conséquence l'annulation des mesures d'exécution qui en découlent.

S'il est incontestable que le titre exécutoire régulièrement obtenu a pour effet de conférer à son titulaire le droit de procéder à l'exécution forcée, c'est-à-dire de contraindre son débiteur à exécuter son obligation, il n'en demeure pas moins qu'à côté des éléments susceptibles de paralyser le titre exécutoire comme la qualité du débiteur, la nature du bien saisir ou du moment de l'exécution, une décision postérieure ayant autorité de la chose jugée puisse remettre en cause ce titre exécutoire. C'est dans cette dernière idée que réside toute l'originalité de cette décision rendue par la CCJA.